أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء الثالث

شرح مختصر الكرخي

الطبعة الأولى
١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع
❊ الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
❊ فـرع حولـي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
❊ فـرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
❊ فـرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
❊ فـرع الجهـراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
❊ فـرع الريـاض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩
E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

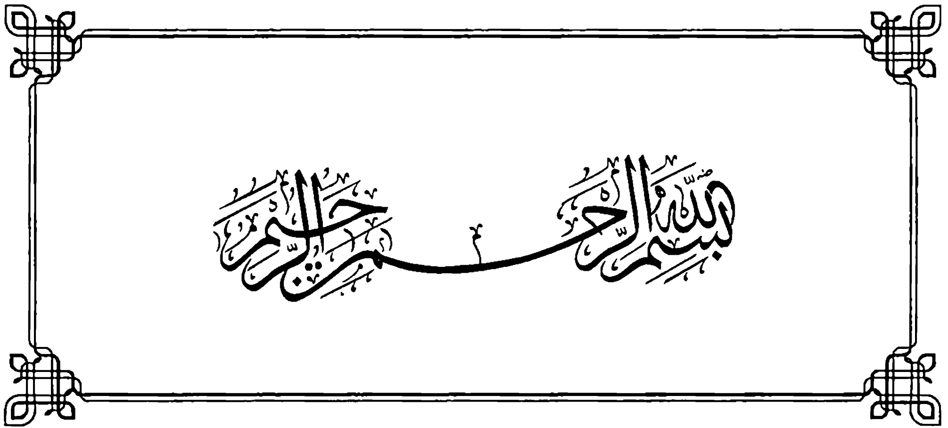
أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء الثالث


بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصلىٰ الله علىٰ سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

[٣٤] كتاب البيوع

قال: البيع[١]: إيجابٌ وقبولٌ في مالين.......... ليس فيه معنىٰ التبرّع[٢].

الدليل[٣] علىٰ ذلك أن ما وُجد بهذه الصفة كان بيعاً، وما كان بخلافها لم يكن بيعاً؛ لأنَّ العقد إذا وَقَعَ علىٰ مال [بمنفعة][٤] كان إجارةً ونكاحاً، وإذا وقع

(١) «البيع في اللغة: عبارة عن تمليك مال بمال آخر، وكذا في الشرع، ولكن زيد فيه قيد: التراضي».
«ويقال: هو في الشرع: عبارة عن إيجاب وقبول في مالين، ليس فيهما معنىٰ التبرع».
«الإيجاب: هو ما يذكر أولاً من كلام أحد العاقدين».
«والقبول: وهو ما يذكر ثانيًا». اللباب ٢٣٧ (مع الجوهرة).
والبيوع علىٰ أربعة أوجه: بيع جائز، بيع فاسد، بيع باطل، بيع موقوف علىٰ الإجازة.
فالجائز: يوقع الملك بمجرد العقد إذا كان خاليًا عن شرط الخيار.
والفاسد: لا يوقع الملك بمجرد العقد ما لم يتصل به القبض بإذن البائع.
والباطل: لا يوقعه وإن قبض بالإذن.
والموقوف: لا يوقعه وإن قبض، إلا بإجازة مالكه». الجوهرة ص٢٥٨.
وأما من حيث الانعقاد: وهو تعليق كلام أحد العاقدين بكلام الآخر شرعًا، علىٰ وجه يظهر أثره في المحل، أي: علىٰ وجه يثبت أثره الشرعي».
«فالعقد: إما منعقد أو غير منعقد، أي: باطل، والمنعقد: إما صحيح أو غير صحيح، أي: فاسد، والصحيح: إما نافذ أو غير نافذ، أي موقوف، والنافذ: إما لازم أو غير لازم، واللازم: إما تام أو غير تام، ولكل مرتبة من هذه المراتب شروط».
انظر بالتفصيل: أحكام المعاملات المالية، للدكتور محمد عبد البر.

(٢) هنا كانت العبارة (كان هبة) في ج، وساقطة من أ، ولعلها زيادة من العبارة الآتية.

(٣) هنا زيادة في ب (والأصل فيه)، ولا داعي لها.

(٤) في ج (منفعة)، والمثبت من أ.

علىٰ مالين علىٰ وَجهِ التبرّع كان هبةً.

والأصل في جواز البيع قوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وقال تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال ﷺ: «كل متبايعين فلا بيع بينهما حتّىٰ يفترقا»[1]، وبُعث النبي ﷺ والناس يتبايعون، فأقرهم علىٰ ذلك ولم يُنكر، فإقراره دلالة علىٰ جوازه، [وابتداء شرع من جهته]، ولا خلاف في ذلك بين المسلمين.



(١) ورد الحديث بلفظ (كل بيعين...). أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٦٠٦٨)؛ وفي المجتبىٰ (٤٤٧٦)؛ وأبو عوانة في المسند ٢٦٨/٣؛ وأحمد في المسند ٥١/٢؛ وابن أبي شيبة ٥٠٧/٤؛ وعبد الرزاق ٥١/٨ وغيرهم.

بَابُ
اللفظ الذي يقع به البيع

قال أبو الحسن[1]: إذا قال الرجل لآخر: بعتك عبدي هَذَا بألف درهم، فقال المشتري: قد قبلت؛ فقد وقعَ العقدُ وصحَّ.

والأصل في هذا: أنَّ البيع لا ينعقدُ عندنا إلا بلفظين يُعبَّر بكل واحدٍ منهما عن الماضي، فأما إذا ذكر لفظين فعبَّر بهما عن المُستقبل، أو بأحدهما عن الماضي، لم ينعقد العقدُ.

فالأوَّل: أن يقول البائع: بعتك، ويقول المشتري: ابتعت أو اشتريت، وكذلك كلُّ لفظ يقوم مقام هذا، مثل: أخذْت وقَبلتُ.

والثاني: إذا قال: أبيعك، أو قال المُشتري: بعني، وقد عبَّر عنه أبو الحسن في الجامع فقال: إذا أخرج اللفظ مخرَج الأمر لم ينعقد به البيع، وإن أخرجه مخرجَ الخبر عن الماضي انعقد، وهذا هو القياس عندهم في النكاح.

وإنما استحسنوا فقالوا: ينعقد النكاحُ بلفظين يُعبَّر بأحدهما عن المُستقبل، مثل أن يقول: زوِّجني! فيقول الولي: زوَّجتُك. وقال الشافعي: ينعقد البيع أيضاً بمثل ذلك، إذا قال المشتري: بعني، فقال البائع: بعتك.

والدليل على ما قلناه: أنَّ البيع يحضره المساومة والإيجابُ، وألفاظ

---

(١) هذا الباب كان في نسخة الأصل بعد (باب الربا)، وتقدم عليه (باب الربا)، ويبدو أنه من تصرف الناسخ، حيث جاءت الأبواب على الترتيب المثبت بين يديك في باقي النسخ، فقُدِّم لأجل ذلك (باب اللفظ...)، وأُخِّر (باب الربا).

المُستقبل عِدات، فالظاهر أنَّها [سوم][1] وعدة، وألفاظ الماضي إيجاب وقطع؛ فلذلك انعقد بها البيع.

وعلىٰ الشافعي: أنَّه ذكر لفظين لا يصلح كل واحد منهما لأحد شطري العقد، فصار كما لو قال البائع: اشترِ منِّي، فقال المشتري: اشتريت.

وأمَّا الفرقُ بين البيع والنكاح: فيما بيَّنَّا أنَّ البيع يحضره المساومة، فلم ينعقد باللفظ الذي يصلُح للسوم، والنكاح لا يحضره المساومة، فالظاهرُ من قوله زَوِّجني، أنَّه قبولٌ وليس بمساومة؛ ولأنَّ البيع لا ينعقد بفعل واحد، فإذا قال المُشتري: بعني، فقد وكَّله أن يبيعَ منه، فإذا قال البائع: بعتُك، لم يجز أن ينعقد البيع بقوله، والنكاح ينعقدُ بفعل الوكيل، فإذا قال: زوِّجني، فقد أمره بالتزويج، فإذا قال: زوَّجتك، [فقد] انعقد العقدُ بهذا القول.

وحكيَ عن أبي الحسن فرق آخر: وهو أن في النِّكاح [يلحق الأولياء][2] الشين إذا خطب إليهم، فأوجبوا، فلم يقبل الزوج، فإذا قال الزوج زوِّجني، فقال الولي: زوَّجتك، لو لم يتم العقد بهذا كان للزوج أنْ يَرجع فيلحق بالولي شيناً، وهذا لا يجوز، وليس علىٰ البائع في ردِّ بيعه بعد السوم شين؛ فلذلك إذا قال: بعني! فقال: بعتك، لم يتم العقد به حتىٰ ينضم إليه القبول.

وإنَّما قلنا: إن البيع ينعقد بلفظ البيع وبما قام مقامَ هذا اللفظ من قوله خذ وأعطيتك[3] ورضيت؛ لأنَّ المعتبر معاني العقد[4] دُون ألفاظِهِ، وهذه الألفاظ

(١) في ج (تكون) والمثبت من أ.

(٢) في ج (تعلق للأولياء) والمثبت من أ.

(٣) في أ (وأعطيت).

(٤) في أ (بمعاني العقود دون ألفاظهما) والعبرة.

تُعطي معاني البيع، فانعقد بها، وهذا أصل اعتبره أصحابنا في جميع العقود، والذي قالوا فيما روى الحسنُ، عن أبي حنيفة: أن [المفاوضة] لا تنعقد إلا بلفظ [المفاوضة][1]؛ إنما [قال] ذلك؛ لأنَّ الناسَ لا يعرفون شروطها، فلا يستوفون معناهَا، فلم يكن بدٌّ من اللَّفظ، فإن عقدها مَن يَعرف معانيها استوفى المعنى، فانعقد العقد بغير لفظ المفاوضة، وهذا الذي ذكرناه هو القياس في سائر البياعات، وإنما استحسن أصحابنا في الأشياء المستحقرة أن يتم العقد فيها بغير لفظ، مثل مَن يدفع قطعة إلى البقلي، فأعطاه البقل، ومثل مَن دفع درهماً إلى الخباز فأعطاه الخبز، ولم يقل بعت ولا اشتريت؛ لأنَّ الأمَّة استجازوا ذلك في سائر الأعصار، وهذا كما تقولون في قطعة الشاربِ: إنَّها لا تفتقر إلى (تسمية موضع القطع وشرب الماء من السقاء، فإنه لا يفتقر إلى بيان)[2] قدر الماء الذي يشربه، ودخول الحمام لا يفتقر إلى شرط أجرة معلومة، وبيان مقدار ما يمكث فيه، وما يَستعمل من الماء؛ لأنَّ الأمَّة أطبقت على خلاف ذلك[3].

١١٥٣ ـ مسألة: [فسخ البيع من المتعاقدين أو من أحدهما]

قال أبو الحسن: وليس لواحد منهما فسخ ذلك في مجلسهما، ولا بعد قيامهما، إلَّا أن يكونا شَرَطا الخيارُ.

قال الشيخ رحمه الله: وجملةُ هذا: أن البيع إذا انعقد بالإيجاب والقبول ولم يشرط الخيار، فقد لزم العقد، ولا خيار لواحدٍ منهما.

وقال الشافعي: لكلِّ واحدٍ منهما الخيار في مجلسهما: إن شاء أمضى البيع،

(١) في ج (المقاوضة) في الموضعين والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) انظر: التجريد، ٥/٢٢٨٢.

وإن شاء فسخه، حتَّىٰ يتفرقا بأبدانهما، فإذا افترقا سقط الخيار(١).

والدليل علىٰ ما قلناه: «**نهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض**»(٢)، وقال ﷺ: «إذا ابتعت فلا تبع حتىٰ تقبض»، وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها، فظاهره أنَّه إذا قبض في المجلس جَاز بيعه؛ ولأنَّه نوع خيار لا يثبت بعد الافتراق عن المجلس، فلا يثبت في المجلس بعد الإيجاب والقبول كخيار المعاينة، [فيما يبتاعه في](٣) المصر، فأما قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»(٤)، [وقوله ﷺ: «**البائعان كل واحد منهما علىٰ صاحبه بالخيار ما لم يفترقا**»]، فهذا محمول علىٰ خيار القبول، وهو أن يقول المشتري: بعني، فيقول البائعُ بعتُك، فهما متبايعان في اللغة، وكل واحد منهما بالخيار إن شاء البائع [مضىٰ](٥) علىٰ الإيجاب، وإن شاء رجع، وإن شاء المشتري: قَبِل، وإن شاء لم يقبل، فإذا افترقا لم يكن للمشتري القبول.

روىٰ هذا التأويل هشام وبِشْر عن أبي يوسف، وابن رستم عن محمد، وقد استدلَّ أبو الحسن في الكتاب بما رويَ «أن رسول الله ﷺ كان إذا ابتاع شيئًا خيَّر البائع»، وإنما فعل ذلك للفضل والتكرم، ولو كانَ للبائع خيارُ الشرط لم يحتج إلىٰ تخييره، وذكر أبو يوسف التأويل الذي قالاه عن إبراهيم(٦).

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٤؛ المزني ص٧٥.

(٢) «الحديث أخرجه النسائي وابن حبان وأحمد والطبراني والدارقطني من حديث حكيم بن حزام»، كما قال ابن حجر في الدراية ٢/١٥٥.

(٣) في ج (فيما بينا من) والمثبت من أ.

(٤) أخرجه البخاري (١٩٧٣)؛ ومسلم (١٥٣٢).

(٥) في ج (بقي) والمثبت من أ.

(٦) انظر: التجريد، ٥/٢٢٧٤.

بَابُ
قبول أحد المتبايعين بعض المبيع

قال أبو الحسن: إذا أوجبَ البائع البيع على شيء فقَبل المُشتري في بعضه دون بعض، أو أوجبَ المشتري في شيء فقبل البائع في بعضه، فإن ذلك لا يجوز على الذي أوجَب في الكلِّ، إلَّا أن يَرضى الموجب، وله الخيارُ في ذلك ما دَاما في المجلس، فإنْ قاما أو أحدهما بطل الخيار.

وقال الشيخ ﷺ: وجُملةُ هذا أنّ كل واحد من المتبايعين لا يملك تفريق الصفقة على الآخر في الإتمامِ؛ لأنَّ في التفريق[1] ضرراً، ألا ترى أنَّ الإنسان يبيع الشيئين رغبةً في بيع أحدهما، ويشتري المشتري [الشيئين] رغبةً في أحدهما.

قال: فإذا قال بعتك هذين العبدين، فقبل المشتري في أحدهما فقد [فوّت][2] غرض البائع، فلا يجوز، كما لو قال البائع: بعتك بألفٍ، وقال المشتري: قبلت بخمسمائة، ولا شبهة أنَّه إذا قال بعتك هذا العبد، فقال: قبلت في نصفه، أنَّه لا يجوز؛ لأنَّ الشركة فيها ضرر وعيبٌ في الملك؛ فكذلك القبول في أحد العبدين لما دَخل في كل واحدٍ منهما من تفريق الصفقة في الإتمام.

فأما قوله: إلا أن يرضى الآخر في المجلس؛ فلأن البائع إذا قال: بعتك هذين العبدين[3] بعشرة، فقال المشتري قبلت في أحدهما، فهذا ليس بقبول

(١) في أ (في تفريق الصفقة).
(٢) في ج (ففرق) والمثبت من أ.
(٣) في أ (القفيزين).

[للبيع] ، ولكنه استئناف إيجاب من المُشتري ، فكأنَّه ابتداءٌ ، فقال هذا فالبائع بالخيار ما دام في المجلس ، وهذا إنما يصحُّ إذا كان للبعض الذي قبله المُشتري حصَّة معلومة مثل الطعام ، والذي ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، فأمَّا إذا [قال]: بعت هذين العبدين بألف ، فقال المشتري: قبلت في أحدهما لم يصحّ ، وإن رضي [به] البائع ؛ لأن حصَّة العبد من الثمن مجهولة ، إلَّا إن بيَّن الثمن فيرضىٰ البائع به .

وأما قوله إذا قاما من المجلس بطل ؛ فلأن الإيجاب موقوف علىٰ القبول ، والقيام إعراض عنه فيبطله ، وكذلك لو لم يَقم من المجلس ، ولكنَّه تشاغل في المجلس بفعل غير البيع ، كان ذلك إبطالاً للإيجاب وَردًّا له ؛ لأنَّهُ أعرض عنه ، فصَار كالقيام الذي أعرضَ به عن الإيجاب .

١١٥٤ ـ فَصْـل: [وراثة خيار المجلس]

قال أبو الحسن: ولا يُورث هذا الخيار ، وهذا صحيحٌ ؛ لأنَّ القبول لا يُورث بالإجماع وهو أصلنا في خيار الشرط ، وإنما قال بعض متأخري أصحاب الشافعي: إن الوارث إذا كان مع المشتري في المجلس فلم يقبل المشتري حتَّىٰ مات ، فقبل وارثه جاز ، وخالفَ الإجماع بهذا القول ، وقد دلَّ عليه أن هذا الخيار ليس بحق مستقر ، فلا يورث كالوكالة والمضاربة .

١١٥٥ ـ فَصْـل: [خيار القبول علىٰ المجلس أو الفور]

وقد قال أصحابنا: إن خيار القبول علىٰ المجلس ، وقال الشافعي: علىٰ الفور والدليل علىٰ ما قلناه: قوله ﷺ: «البيعان كل واحد منهما علىٰ صاحبه

بالخيار ما لم يفترقا»[1] ولأنَّ المُشتري يحتاج إلىٰ الارتياء والتفكر، هل يَصلح له المبيع أو لا يصلح، وهذا لا يمكن علىٰ الفور.

١١٥٦ ـ فَصْل: [تفريق البائع في الإيجاب]

وما ذكره أبو الحسن في امتناع قبول المشتري بعض ما أوجب له إنما ذلك إذا كان الإيجاب بلفظ واحدٍ، فأمَّا إذا فرَّق الإيجابَ، فقال بعتُك هذين العبدين، بعتك هذا بمئة وهذا بمائتين، فللمشتري أن يقبل في أيِّهما شاء؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما أفرد بإيجاب، فلم يبيّن[2] في القبول تفريق الصفقة علىٰ البائع.

١١٥٧ ـ فَصْل: [قبول المشتري من البائعين]

قال أبو الحسن: وكذلك إن خاطبَ المشتري رجلين، فقال اشتريت عبدكما هذا بألف، فأجاب أحدهما؛ لم يلزم المشتري.

وكذلك إن قال البائع لرجلين: بعتكما هذين العبدين، فقبل أحدهما دون الآخر، لم يجز؛ لما بينا أن الإيجاب إذا كان صفقة واحدةً لم يملك الآخر تفريقها في الإتمام؛ لما فيه من إيجاب الضرر بصاحبه. والله أعلم.



(١) أخرج البخاري نحوه من حديث ابن عمر (٢٠٠٥)؛ ومسلم (١٥٣١).
(٢) في أ (يكن).

بَابُ
معرفة المبيع من الثمن

قال أبو الحسن: [ما يتعين][1] بالعقد فهو مبيعٌ، وما لم يتعيَّن فهو ثمنٌ إلا أن يقع عليه لفظ البيع.

قال الشيخ رحمه الله: وجملةُ هذا أن حكم المبيع والثمن يختلفانِ في أحكام:

منها: أنه لا يجوز التصرّف في المبيع الذي ينقل ويحَوّل قبل القبض، ويجوز التصرُّف في الأثمان قبل القبض.

ومنها: أنَّ هلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد، وهلاك الثمن لا يُوجبُ فسْخ العقدِ.

ومنها: أنَّه لا يجوزُ بيعُ ما ليسَ عند الإنسان في غير السَّلم، ويجوز الشراء بما ليسَ عنده.

فإذا اختلف حُكمهما احتجنا إلى معرفة كل واحدٍ منهما، فالدراهم والدنانيرُ أثمان أبداً سواء كان في مقابلتها أمثالها أو الأعيان، صحبتها الباء أو لم تصحبها؛ لأنَّها لا تتعيَّن عندنا بالعقد وإنما تثبت في الذمَّة، وقد قال الفراء: الثمن ما كان في الذمَّة.

وأمَّا الأعيان التي ليسَ لها أمثال فهي مبيعة [أبدًا]، سواء كان في مقابلتها

(١) في ج (تعين) والمثبت من أ.

الأعيان أو الدراهم والدنانير ؛ لأنَّها تتعيَّن بالعقد ، والأصل في المبيع : أنَّه يتعيَّن .

وأما المكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت ، فإن كان في مقابلتها الأثمان فهي مبيعة ؛ لأنَّ الأصل أن البيع يشتمل على [مبيع][1] بثمن ، والدراهم والدنانير قد قوي معنى الثمن فيها ؛ لأنَّها لا تكون إلَّا ثمناً ، فبقي أن يكون ما في مقابلتها هو المبيع .

وإن كان في مقابلة المبيع المكيل والموزون والمعدود والأعيان ، فإن كان ذلك معيَّناً مشاراً إليه فهو مبيع أيضاً ؛ لأنَّه يتعيَّن بالتعيين ، والثمنُ ما ثبت في الذمَّة .

وإن كانت غير معينة وصحبتها الباء فهي ثمن ؛ لأنَّها تثبتُ في الذمَّة بأنفسها ، والثمن ما يَثبت في الذمَّة .

ولأنَّ عقد البيع يَشتمل على مبيع وثمن ، وقد قويَ معنى المبيع في الأعيان ؛ لأنَّها لا تكون إلا مبيعةً ، فلم يبق إلَّا أن يكون المكيل: هو الثمن .

١١٥٨ ـ فَصْل: [البيع ما وقع على جملة من العين مع القدرة على التسليم]

قال أبو الحسن: والبيع إذا وقع على جملة من العين جَاز إذا قدر على تسليمها ، وجَاز استئناف الملك عليها ، وإنما احترز بالوصف الأوَّل: عن الطير في الهواء ، أو السمك في الماء ؛ لأنَّه لا يقدر على تسليمه ، وبالوصف الثاني: عن شراء المُحْرِم الصيد ، وعن الأعيان المحرَّمة ؛ لأنَّه لا يجوز استئناف الملك عليها ، وما سوى ذلك يجوز بيعه ، لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥] .

---

(١) في ج (بيع) والمثبت من أ.

١١٥٩ ـ فَصْل: [الثمن هو الذي لم يتعين]

قال أبو الحسن: وما لم يتعيَّن فهو ثمن، إلَّا أن يقع عليه لفظ البيع، فلا يجوز البيع فيه؛ إلَّا في السَّلم خاصَّة وفي الدراهم والدنانير والفلوس؛ لأنَّها أثمان، فأمَّا المُسلم فيه فهو مبيع وإن لم يتعيَّن، وأمَّا الدراهم والدنانير والفلوس فهي أثمان وإن تعيَّنت؛ لأنَّها لا تتعيَّن عندنا في العقد بالإشارة، وإنما تثبت في الذمَّة وما سواها إذا عُين تعين.

وكان أبو الحسن يقول: إن الدراهم والدنانير تتعيَّنُ بالعقد، ولا يملك أعيانها، ولا يمنع تعيّنها ثبوت مثلها في الذمَّة.

وقال الشافعيُ: إذا عُيِّنت الدراهم والدنانير والفلوس تعيَّنت.

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ﴾ [يوسف: ٢٠]، قال الفراء: الثمن ما كان في الذمَّة، فدلَّ علىٰ أن الدراهم، وإن عُيِّنت ثبتت في الذمَّة؛ ولأنَّها ثمن فثبتت في الذمَّة كالدراهم المطلقة؛ ولأنَّ ما لا فائدة في تعيينه تعود إلىٰ تصحيح العقد لا يتعيَّن، كمن استأجر بَعيراً ليحمل عليه قفيزَ حنطة لزيد، وقولهم إنها تتعيَّن بالقبض، ليس بصحيح؛ لأنَّ القبض لا يصحُّ إلَّا في عين، فلو لم يتعيَّن به بطل، والعقد يصحُّ علىٰ عين وغير عين، فإذا لم يعيِّنها به لم يبطل.

فأمَّا أبو الحسن فإنَّه قال بمسألة الجامع الكبير وهي: إذا قال الرجل إن بعت عبدي بهذا الكُرّ وهذا الألف فهي صدقة، فباعه بهما، قال محمد: يتصدَّق بالكر، ولا يتصدَّق بالألف.

قال أبو الحسن: فلو لم تكن الدراهم تعيَّنت لم تلزمه الصدقة بالكر؛ لأنَّ

مَن قال: إن بعتُ عبدي بهذين الشيئين، فباعَ بأحدهما لم يوجد شرط نذره، فلمَّا أوجبَ عليه الصدقةَ بالكرِّ دلَّ على أنَّ الدراهم تعيَّنت؛ إلَّا أنه لا يلزمه الصدقة بها؛ لأنَّها لا تملك بالعقد، وهذا الذي قاله لا حاجةَ به إليه؛ لأنَّ الدراهم لما كانت لا تتعيَّن، والنذر يجبُ حمله على الصحّة، صار كأنَّه قال: إن سمَّيتها في العقد مع الكر فهما صَدقة، فأوجبَ الصدقة بالكر لهذا.

١١٦٠ـ فَصْـل: [ما يجوز بيعه قبل القبض وما لا يجوز]

وإنما قلنا: إن [بيعَ][(١)] المبيع الذي يُنقل ويحول قبل القبض لا يجوز، خلاف ما قاله مالك[(٢)]: أنَّه يجوز إلا في الطعام (لنهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض)، ولا يُعارضه (نهيه ﷺ عن بيعِ الطعام قبل القبض)؛ لأنَّه لا تنافي بينهما، فيستعمل كل واحد منهما: هذا على عمومه، وهذا على خصوصه؛ ولأنَّه مبيع ينقل ويحوَّل، فلم يجز التصرُّف فيه قبل القبض، أصله[(٣)] الطعام.

١١٦١ـ فَصْـل: [بيع العَقَار قبل القبض]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز بيع العَقَار قبل القبض، وقال محمد: لا يجوز، وبه قال الشافعي[(٤)].

لهما: أنه قبل القبض [هو] في محل قبضه، فصارَ كمن اشترى ما هو في يده؛ ولأنَّه لا [يخشى فساد][(٥)] العقد الواقع على معين بهلاكه، فجاز التصرُّف

---

(١) في ج (البيع) والمثبت من أ.

(٢) انظر: القوانين ص٢٨٤؛ الرسالة الفقهية ص٢١١، ٢١٢.

(٣) في أ (كالطعام).

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/١٣٨؛ المنهاج ص٢٢٤.

(٥) في ج (يجتنى فصار) والمثبت من أ.

فيه ، كما بعدَ القبض ، (ونهيه ﷺ عن بيع ما لم يُقبض) محمولٌ على ما يتأتى فيه حقيقة القبض ، وهو المنقولات دونَ ما لا يُمكنُ فيه ذلك[١] .

١١٦٢ ـ فَصْل: [التصرف في الأثمان قبل القبض]

قال أصحابنا: يجوزُ التصرُّفُ في الأثمان قبل القبض .

وقال الشافعي: إذا كانت الدراهم في الذمَّة لم يجز التصرُّف فيها في أحد القولين ، وإن عيَّنها بالعقد لم يجز التصرُّف في القولين جميعاً[٢] .

لنا: ما رويَ في حديث ابن عمر قال: (كنَّا نبيع الإبل بالبقيع ، فنأخذ مكانَ الدراهم الدنانير ومكانَ الدنانير الدراهم ، نأخذ هذه من هذه ، وهذه من هذه ، فأتيت رسول الله ﷺ وهو يخرج من بيت حفصة فسألته عن ذلك ، فقال: «لا بأس إذا كان بسعر يومكما ، وافترقتما وليس بينكما شيء»[٣]) ؛ ولأنَّ العقد سبب لنقل الملك في الأعيان ، فجاز أن يستفاد به التصرف في الأثمان كالميراث .

١١٦٣ ـ فَصْل: [هلاك المبيع قبل القبض]

وإنما قلنا: إن هلاك المبيع قبل القبض يُوجب فسخ البيع[٤] ، خلاف ما قاله مالك: أنَّه لا ينفسخ في غير الطعام ؛ لأنَّ الهلاك يوجب سقوط القبض ، فانفسخ به العقد كالطعام ، وإنما قلنا: إن هلاك الأثمان لا يُوجبُ فسخ العقد ؛

(١) انظر: التجريد ، ٥/٢٤٢٤ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٨٠ وما بعدها .

(٢) انظر: المهذب ٣/٤٤ ، ٤٥ .

(٣) أخرجه الترمذي (١٢٤٢) ؛ والحاكم في المستدرك وصححه ، ٢/٥٠ ؛ البيهقي في الكبرى ٥/٢٨٤ ؛ عبد البر في التمهيد ١٦/١٣ ؛ أحمد في المسند ٢/٨٣ ؛ نصب الراية ٢/٤٦٩ .

(٤) في أ (العقد) .

لأنَّ العقد لم يقع علىٰ أعيانها، وإنما وقع علىٰ ما في الذمَّة منها، فإذا هلك ما أشارَ إليه بقي ما في الذمَّة بحاله، وعلىٰ هذا قالوا إذا ردَّ ما تعيَّن بعيب انفسخ فيه العقد؛ لأنَّ العقد لا يجوز أن يتعلَّق بغيره، وإن ردَّ ما لم يتعيَّن لم ينفسخ [العقد؛ لأن العقد لم يقع عليه، وإنما وقع علىٰ ما في الذمة، وهذا مقبوض عما في الذمة، فإذا ردّه انفسخ][(1)] فيه القبض، فبقيَ ما في الذمَّة بحاله[(2)].

١١٦٤ ـ فَصْل: [بيع ما ليس عند البائع]

وإنما قلنا: إنَّه لا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان في غير السلم (لنهيه ﷺ عن بيع ما ليسَ عند الإنسان)، وقال: لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك».

وإنما قلنا: إنَّه يجوز الشراء بثمن ليس عنده؛ لأنَّ رسول الله ﷺ اشترىٰ بعيراً بأوساق من تمر، ولم يكن عنده تمر ثم استقرض الثمن ودفع.

١١٦٥ ـ فَصْل: [التعامل في بطلان جنس الثمن]

قال أبو الحسن: فإن بَطل جنس الثمن فلا يتعامل به، مثل الفلوس تكسد أو تسقط، أو ضرب من الدراهم [و]صار كذلك قبل القبض، فإن البيعَ يبطل، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبطل.

وجه قول أبي حنيفة: أن كساد الفلوس يخرُجها من حكم جنسها، ألا ترىٰ أنَّها كانت ثمناً فصارت مَبيعاً، وخروج الشيء من جنسه كهلاكه، فأوجبَ ذلك فسخ العقد، وهما يقولان كسادها عيب فيها، وحدوث العيب قبل القبض لا

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢/٤٥١.

يُبطل العقد.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يجبُ على المشتري قيمتها يوم العقد؛ لأنَّها صارت مضمونة بالعقد، فاعتبر قيمتها عند الضمان كالغصب، وقال محمد: قيمتها آخر ما ترك الناس المعاملة بها؛ لأنَّ تسليمها تعذَّر إذ ذاك، فصار من كانت في ذمَّته كالمستهلك لها حينئذٍ.

١١٦٦ ـ فَصْل: [ما لا يجوز أن يكون ثمنًا]

قال أبو الحسن: وما لا يُكال ولا يوزن لا يجوز أن يكون ثمناً ديناً إلا الثياب خاصَّة إذا وصفت وضُرب لها أجل، فإنَّها تكونُ ثمناً، ويجوز البيع استحساناً، وهذا إنما يريد به أنها تثبت أبدالاً في الذمَّة في عقد السلم، فأمَّا أن تكون ثمناً في الحقيقة فلا، ألا ترى أن الثمن ليسَ من شرطه التأجيل، والثياب لا تثبت في الذمَّة إلا مؤجَّلة.

فوجهُ القياس: أن مستهلكها لا يلزمه أمثالها، فصار كالحيوان.

وجهُ الاستحسان ما بيَّناه في جواز السلم فيها.

وإنما شرط في ثبوتها في الذمَّة الأجل أن تكون مؤجلة؛ لأنها لا تثبت بأنفسها بدلالة الاستهلاك، فلا بد من التأجيل حتى يصير في حكم المسلم فيه.

١١٦٧ ـ فَصْل: [ذكر مكان التسليم في الأثمان]

وما ذكر أبو الحسن: من ثبوت الأثمان التي هي المكيل والموزون في الذمَّة فلا بدَّ فيها عند أبي حنيفة من ذكر مكان تسليمها[1]، كما قال في السلم.

---

(١) في أ (الإيفاء).




ذكر أبو الحسن في الجامع: لأنَّها تختلفُ باختلاف الأماكن لما يلزم عليها من الحمل والمؤونة، فأمَّا على قول أبي يوسف ومحمد تسليمها في مكان العقد، فلا يحتاج إلى ذكر مكان آخر.

١١٦٨ ـ فَصْل: [التصرف في القرض قبل القبض]

وقد قال الطحاوي: إن القرض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّه دينٌ لا يُستحقُّ قبضه في المجلس، ولا يثبت بعقد السلم كالأثمان، وإنما ظنَّ الطحاوي أنه لمَّا لم يجز تأجيله لم يجز التصرُّف فيه، وهذا ليس بشيء؛ لأنَّ التأجيل لا يجوز لما في القرض من معنى التبرّع وَالتأجيل، فبطل معنى التبرّع، وهذا لا يوجد في التصرّف.



بَابُ
قبض المبيع

قال أبو الحسن: إذا وقع عقد البيع على ما وصفت لك والثمن دين ؛ فللبائع منع المشتري حتى يقبض الثمن ، وإنما يثبت للبائع حق الحبس بالثمن الحال ؛ لأنَّ حقَّه كان في الملك واليد ، فإذا باع فقد أسقط حقَّه عن الملك ، فبقي حقُّه في اليد لم يُسقطه ، وليس كذلك إذا كان الثمنُ مؤجَّلاً ؛ لأنَّه يثبت له [حق] الحبس لأجل استيفاء الثمن ، فإذا أجله فقد أسقط حقَّه فلا يُسقط ذلك حق المشتري.

وقد قالوا: لو باع بثمن بَعضهُ حال وَبعضه مؤجَّل ، كان للبائع الحبس حتَّى يستوفي الحال ؛ لأنَّه لم يُسقط حقَّه عن قبضه ، وعَلى هذا لو سلم المشتري جميعَ الثمن [إلَّا دِرهمًا][1] فللبائع حقُّ الحبس في جميع المبيع ؛ لأنَّ الحبس لا يتبعَّض كما ليس للمُشتري تبعيض انتقال الملك ، وعلى هذا قالوا: لو باعه شيئين صفقةً واحدةً وسمَّى لكل واحد ثمناً ، فدفع المشتري حصَّة أحدهما[2] ؛ لأن للبائع حبسهما حتَّى يأخذ حصَّة الآخر ، لأنَّه وإن سمَّى لكل واحد ثمناً فالصفقة واحدة ، فكما ليس للمشتري أن يفرِّق الصفقة عليه في الملك كذلك في الحبس.

وقد قالوا: لو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن ، كان له الحبسُ حتى يستوفي ما بقي ؛ وذلك لأنَّ البراءة من البعض ليس بأكثر من استيفائه ، فإذا كان

(١) في ج (لا يردهما) والمثبت من أ.

(٢) أي: ليس له أن يستلم حصة المدفوع ، ولم يذكرها المؤلف ؛ لدلالة العبارة السابقة عليها.

لو استوفى بعضَ الثمن ثبت له الحبسُ مما تبقى، كذلك إذا أبرأ.

قالوا: ولو دفع بالثمن رَهناً أو تكفَّل به كفيل لم يسقط الحبس؛ لأنَّه وثيقةٌ بالثمن، فلا يسقط حبسُ المبيع كالشهادة(١).

١١٦٩ـ فَصْل: [إحالة البائع على المشتري بالثمن]

وأما إذا أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن، سقط الحبس عند أبي يوسف، كذلك إن أحال المشتري البائع على رَجلٍ بالثمن سقط الحبسُ عند أبي يوسف، روى ذلك بِشْر عنه، وهي رواية ابن سماعة، [عن](٢) محمد، وروى عمرو بن أبي عمرو عن محمد: أن البائع إذا أحال على المشتري سقط الحبس، وإن أحاله المشتري لم يسقط الحبس.

وجه قول أبي يوسف: أن المشتري إذا أحال بالثمن فقد برئت ذمَّته بالحِوالة، فصار كالبراءة بالإيفاء، أو [كإبراء](٣) البائع.

وجهُ قول محمد: أنَّ مطالبة البائع بالثمن لم تسقط، فكان له حق الحبس كما لو لم يُحَل، وليس كذلك إذا أحال البائع على المشتري؛ لأنَّ مطالبته بالثمن سقطت، فصار كما لو أبرأ أو استوفى. والله تعالى أعلم.

١١٧٠ـ فَصْل: [ضمان البائع في المبيع]

قال أبو الحسن: والمبيع في ضمان البائع إلى أن يسلِّمه المشتري، إن هلك

---

(١) انظر: التجريد، ٢٥٧٧/٥.

(٢) في ج (غير) والمثبت من أ.

(٣) في ج (كبراءة) والمثبت من أ.

قبل ذلك بطل البيع، وهلك على ملك البائع، وكذلك إن دخله عيب كان من ضمان البائع.

والأصل في ذلك: ما رويَ أن رسول الله ﷺ «**نهى عن بيع الثمار حتَّى تُزْهِي**»، وقال: «أرأيت إن منع الله الثمرة، بم يستحلُّ أحدكم مال أخيه»[1]، فهذا يدلُّ على أن هلاك المبيع في يد البائع يُسقط الثمن، وهذا معنى قولنا إنَّه مضمون، وإنما قُلنا إن ضمانه يوجبُ سُقوط الثمن؛ لأنَّه لا يخلو إمَّا أن يَسقط الثمن أو تجب [القيمة][2] على البائع، فلا يجوز إيجابُ القيمة على البائع؛ لأنَّها لو وجبت لوجب على البائع تسليمُها بعقد البيع، وما وجب تسليمُه بعقد البيع فهو مبيع، والقيمة لا يجوز أن تكون مبيعةً في الذمَّة، وليس كذلك إذا استهلكه أجنبيٌّ؛ لأنَّ الأجنبيَّ لا يلزمه تسليم القيمة بعقد البيع، ألا ترى أنَّا لو تصوَّرنا ارتفاع البيع لزمه الضمان، ولو تصوَّرنا ارتفاع المبيع لم يلزم البائع الضمان، فدلَّ على أنّه يضمن بعقد البيع.

وليس هذا كمن تزوَّج امرأة على عين من الأعيان، فهلكت في يده أن عليه قيمتها؛ لأنَّه يجب[3] عليه تسليمها بعقد النكاح، (وما وجب تسليمه بعقد النكاح) فهو مهر، والقيمة [يجوز أن] تكون مهرًا في الذمَّة.

١١٧١ ـ فَصل: [الابتداء في دفع وقبض المتبايعين]

قال أبو الحسن: فإن أحضر المشتري الثمن فتشاحّا أيُّهما يقبض أوَّلاً: أُمر

(١) أخرجه مسلم (١٥٥٥).
(٢) في ج (العقد) والمثبت من أ.
(٣) في أ (ثبت).

المُشتري أن يدفع الثمنَ أوَّلاً ليتعيَّن ملك البائع كما تعيَّن ملك المشتري، ثم يسلِّم البائع.

قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: جملة هذا أنَّ البيعَ إذا كان وقع علىٰ عين بثمن وجَب تسليمُ الثمن أوَّلاً، وإذا وقع علىٰ عين بعين أو ثمن بثمن سلَّما معاً، ولم يتقدَّم أحدهما في التسليم إلا باختياره، واختلف قول الشافعي في هذه المسألة، فقال: يقول القاضي أيُّكما يتبرُّع علىٰ صاحبه، فإنْ تبرَّع أحدهما بالتسليم قبل الآخر سلَّم، وإن لم يتبرَّع، قيل لكل واحدٍ منهما: سَلِّم إلىٰ أمين، فإذا حصل العوضان في يد الأمين، سلَّم إلىٰ كل واحد منهما.

وقال في قول آخر: يسَلِّم المبيع أوَّلاً ثم الثمن، والدليل علىٰ ما قلناه: ما روىٰ ابن عمر، عن النبي ﷺ أنَّه قال: «ثلاث لا يؤخّرن: الدَّين إذا وجدت ما تقضيه»[1]، والثمن دين فلا يجوز أن يؤخّر المُشتري قضاءه مع القدرة؛ ولأنَّهما عين محبوسةٌ بدين، فلا يؤمر بتسليمها قبل قبض الدين، أصله الرهن، ولا يلزم الثمن المؤجَّل؛ لأنَّ العينَ لا تحبس به؛ ولأنَّ حقَّ المشتري تعيَّن في المبيع ولم يتعيَّن حقُّ البائع فيها، ومن حكم العاقدين أن يتساويا، ولا يتعيَّن الدراهم عندنا بالتعيين، فوجبَ تسليمها حتىٰ يتعيَّن حق البائع فيها كما تعيَّن حقُّ المشتري.

وأما إذا كان العقد وقع علىٰ عين بعين أو دينٍ بدين، فقد تساوىٰ المتعاقدان ولا مزيَّة لأحدهما علىٰ الآخر، فوجَب أن يُسلِّما معاً.

١١٧٢ ـ فَصْل: [الامتناع من دفع الثمن إذا كان المبيع غائبًا]

قال أبو الحسن: وإن كان المبيع غائباً عن حضرتها، فللمشتري أن يمنع من

(١) لم أعثر علىٰ الحديث بهذا اللفظ.

التسليم حتّىٰ يحضر المبيع ، ويكون بحيث يُمكنه قبضهُ في مكانه إذا دفعَ الثمن ؛ لأنَّه مستحقٌّ عليه تسليم الثمن ليتوصَّل إلىٰ قبض المبيع ، فإذا كان المبيع غائباً وكلّفناه دفعَ الثمن تَقَدَّم حقُّ البائع ، وتأخر حق المُشتري ، وفي هذا إلحاق ضرر به.

١١٧٣ ـ **فَصْل: [صيغة تسليم العين والثمن]**

قال أبو الحسن: وتسليم العين أن يقول مَن عليه تسليم ذلك للمشتري: قد سَلّمت إليك ؛ حيث يمكن المشتري قبضها من غير مانع ، وتسليم الثمن أن يحضره الذي هو عليه محوزاً مفرزاً من غيره ، ثم يقول كما قال الآخر ، وإذا قال ذلك ، فقد خرج من ضمان المسلم [وصار ذلك في ضمان المسلم إليه] قَبِلَ ذلك المُسَلم إليه أو لم يقْبَلْ إذا لم يكن هناك مانع منه ، فإن هلك هَلك في ضمان المُسَلم إليه ، وإن دخله عيب لم يكن من ضمان المُسَلم.

قال الشيخ ﵀: جملة هذا أنَّ التسليم الذي يقتضيه عقد البيع هو التخلية التي يتمكن معها من القبض ، فإذا وُجدت فقد برئ المُسلم. وقال الشافعي: التسليم في الدراهم والدنانير والأشياء الخفيفة هو قبضها بالبراجم ، والمتاع الكثير قبضه أن ينقله المشتري من مكانه ، والطعام إذا ابتاعه مكايلة فقبضه الكيل والنقل ، وإن نقله من غير كيل فقد دخل في ضمانه ، والقبض غير صحيح.

لنا: أن كل ما صار به قابضاً للتمرة المبتاعة علىٰ النخل ، صار به قابضاً لغيرها كالنقل والتحويل ؛ ولأنَّ البائع يجبُ عليه ما [يقدر][1] عليه ، والذي يتمكن منه رفع يده والتخلية من غير مانع ، فأمَّا نقل المشتري فهو فعله ، فلا يجوز أن يستحقَّ علىٰ البائع ، ولأنَّه تصرف من المشتري فلا تقف صحّة التسليم عليه ،

(١) في ب (نقله) والمثبت من أ.

كأكله ولُبسه[1].

١١٧٤ ـ فَصْل: [تسليم المبيع في تأجيل الثمن]

فإن كان الثمن ديناً مؤجَّلاً، [فالأجل][2] ما شرط فيه الآجل في عقد البيع، أو أجله مالكه بعد العقد، فليس للبائع منعه بالثمن المؤجل، وهذا على ما بيَّنا أن البائع إذا أجّل الثمن فقد أسقط حقَّه من القبض، فلا يسقط حقُّ المشتري؛ ولأنَّ التأجيل[3] إنما يشترط تخفيفاً عن المشتري لينتفع به بالمبيع ويتأخر عنه قبض الثمن، فلو حبس البائع المبيع لم يكن في التأجيل فائدة.

١١٧٥ ـ فَصْل: [القبض في غياب المشتري وحلول الأجل]

قال أبو الحسن: فإن لم يحضر المشتري حتى حَلَّ الأجل، فله قبضه قبل أن ينقد الثمن، وللبائع أن يُطالبه بالثمن[4] حالاً من غير أن يمنع السلعة[5]، وذلك لأن العقد وقع غير موجب للحبس ابتداءً، فلا يوجب ذلك في الثاني، وصار كمن له على رجل دين حال وله في يده مال، فلا يجوز له حبسه به، وإن طالبه بدينه.

١١٧٦ ـ فَصْل: [التأجيل بالثمن سَنَةً غير معينة]

وقد قال أبو حنيفة: إذا أجَّله بالثمن سنة غير معيَّنة، فلم يقبض[6] المشتري

(١) انظر الأصل ٢/٥٧٣ وما بعدها

(٢) في ج (والمؤجل) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الآجل).

(٤) في أ (بالمال).

(٥) في أ زيادة (بالثمن).

(٦) في أ (يحضر).

حتىٰ مضت سنة، [فالأجل سنة][1] من حين يقبض المبيع، رواه سعد الموصلي، وعمرو بن أبي عمرو، وهشام عن محمد عن أبي حنيفة: وإن كانت سنةً بعينها ومضت صارَ الثمن حالاً، وروىٰ محمد عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة.

وجه قول أبي حنيفة: أن المدَّة إذا لم تكن معيَّنة، ففائدة التأجيل أن ينتفع المشتري بالمبيع ويترفَّه بتأخير الثمن عنه، وهذه الفائدة لا تحصل إلا بعد قبض المبيع، وليس كذلك إذا كانت السنة معيَّنة؛ لأنَّ الأجل تعلَّق بمدَّة بعينها، فلا يثبت في غيرها.

وجه قولهما: أن الأجل المطلق يكون ابتداؤه عقيب العقد، أصله مدَّة الإجارة.

١١٧٧ ـ فَصْل: [ابتداء الأجل المطلق مع وجود خيار للمتبايعين]

وأمَّا إذا كان في البيع خيار للمتبايعين أو لأحدهما والأجل مطلق؛ فابتداؤه من حين يجب العقد في قولهم؛ وذلك لأنَّ تأخير المطالبة إنما يكون فيما يجب المطالبة به، والبيع المشروط فيه الخيار لا يجب المطالبة بثمنه، فوجَب أن يكون ابتداء التأجيل من حين وجوب المطالبة [بالثمن، فكان التأجيل من حين يجب العقد، ويسقط الخيار]، وليس كذلك إذا كان في المبيع خيار رؤية؛ لأنَّ خيار الرؤية لا يمنع مِن وجوب المطالبة بالثمن، فكان التأجيل من حين العقد.

قال أبو الحسن: فإن أحدث المشتري في المبيع عيباً نقصه، أو أحدث البائع بأمرِهِ، فهو قبض من المشتري، إلا في النكاح خاصَّة إذا كانت جارية فزوَّجها المشتري، أو أن يقرَّ عليه بدين فإن ذلك لا يكون قبضاً استحساناً، أما

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

إذا دَخل في المبيع عيب ينقصه بفعل المشتري مثل: قطع يد أو شجةٍ، فقد صار مُستوفياً لذلك الجزء بالمباشرة، وتثبت يَده على بقيّة العبد؛ لأنَّه لا يستطيع قطع يده إلا بالتمكّن منه، فصار قابضاً لجميعه، [وكذلك][1] إذا أتلف الملك فيه حكماً، مثل أن يعتقه؛ لأنَّ إتلاف الملك كإتلاف العين، ألا ترى أن كلَّ واحد منهما يخرج العين من أن يكون مالاً فكما لو أتلفه دخل في ضمانه، كذلك إذا [أعتقه][2].

وكذلك إذا نقص المال حكماً، مثل: أن يُدبِّر العبد، أو يقر أن الجارية أم ولد؛ لأنَّ نقصان الرق كنقصان [العيب] وزيادة، ألا ترى أن نقصان [العيب] لا يمنع البيع، ونقصان الرق يمنع، فإذا صار قابضاً بنقصان [العيب][3]، فنقصان الرقِّ أولى.

وكذلك إذا أمر المشتري البائع بذلك؛ لأنَّ المبيع على ملك المشتري، فأمره يتعلق به، فائدة فصار فعله كفعله.

وأما التزويج والإقرار بالدين، فالقياس أن يكون بهما قابضاً، والاستحسان أن لا يكون قبضاً، وقال أبو يوسف في غير رواية الأصول: التزويج قبض.

وجه القياس: أن التزويج عيب بدلالة أن للمشتري أن يردَّ المبيع به على البائع، فصار كسائر العيوب إذا حصلت بفعل المشتري.

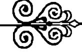
وجه الاستحسان: أنَّ هذا عيبٌ من طريق الحكم، لا يوجب نقصان الرق،

---

(١) في ج (وذلك) والمثبت من أ.

(٢) في ج (أعتقتم) والمثبت من أ.

(٣) في المواضع الثلاثة في ج (العين) والمثبت من أ.

فصار كالإقرار بالدين، فأمَّا إن وطئها الزوج [في يد البائع، فهو قبض في قولهم؛ لأن الوطء أوجبه المشتري بفعله، فصار وطء الزوج] كوطئه.

١١٧٨ـ فَصْل: [إيداع البائع المبيع عند المشتري]

وقد قالوا في الرواية المشهورة: لو أودع البائع المبيع عند المشتري، أو أعاره، لم يكن له أن يستردَّه. وروى ابن سماعة، عن أبي يوسف: أن للبائع رده إلى يده.

وجه قولهم: أن المبيع على ملك المشتري، فلا يجوز أن يكون تصرف فيه بإذن غَيره، فلم يبق إلا أن يكون متصرِّفاً فيه بحقِّ ملكه، وذلك قبض، وليس[1] هذا كالرهن إذا أعاره المرتهنُ للراهن؛ لأنَّه لا يتصرَّف فيه بأمر المرتهن، [وإنما يؤثر أمر المرتهن في إسقاط حقه، ثمّ إن الراهن يتصرف بحكم ملكه، إلا أن للمرتهن] أن يسترجع هناك، وليس للبائع أن يَسترجع ها هنا؛ لأنَّ عقد الرهن إنما ينعقد على الحبس، والحبسُ هو المعقود عليه، فتأكد، فجاز أن يثبت للمرتهن حَبسٌ بعد حبس، والبيع لا ينعقد على الحبس، وإنما الحبسُ من توابعه، فضعُف معنى الحبس، فلم يثبت للبائع حبس بعد حبس.

١١٧٩ـ فَصْل: [إعارة المشتري البائع المبيع]

ولو أعار المشتري البائع المبيع أو أودعه إياه أو أجَّره إياه، لم يكن ذلك قبضاً، فإن هلك [هلك]، من مال البائع؛ لأنَّ يد البائع مُستحقَّة، فعلى أيّ وجه حصل إمساكه وقع عَن مستحقِّه، ولم يقع عن غيره، وإذا كان إمساكه بحكم البيع هلك من ضمانه.

---

(١) في أ (كذلك).




١١٨٠ ـ فَصْـل: [الضمان في الجناية على المبيع]

وقد قال أبو يوسف: ولو جنى رَجل على المبيع فاختار المُشتري اتِّباع الجاني، خرج ما على الجاني من ضمان البائع، وقال محمد: هو في ضمان البائع حتَّى يقبضه.

وجه قول أبي يوسف: أنَّه لمَّا اختار تضمين الجاني؛ فكأنَّه أجاز فعله، فصار الأجنبي كالجاني بأمر المشتري.

وجهُ قول محمد: أن الجناية ليست قبضاً في الحقيقة، فتلحقها الإجازة، فما لم يسلم للمشتري لم يكن لها قابضاً.

١١٨١ ـ فَصْـل: [القبض بالاستعمال أو الإعارة]

وقد قالوا: لو أرسل المشتري العبدَ في حاجته أو أعاره غير البائع أو أودعه إنساناً، صار قابضاً؛ لأنَّه إذا أرسله في حاجته صار مستعملاً له، فثبتت يده عليه، ألا ترى أن أجنبياً لو استخدمه عند إنسان ضمنه، وأما إذا أعاره فقد تصرَّف فيه بالعارية فصَارَ قبضُ المُستعير كقبضه.

فأما المودع فيده يد لمودِعه، فصارَ تسلم المودَع له كتسلم المُشتري.

١١٨٢ ـ فَصْـل: [أمر المشتري البائع بالعمل في المبيع]

فإن أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً ينقصه أو لا ينقصه مثل القصارة والغسل بأجر أو بغير أجر، فما كان ينقصه فهو قبض، وما لم ينقصه فليس بقبض، [وللبائع الأجرة في الوجهين جميعًا هلك المبيع أو لم يهلك.

أما إذا فعل ما ينقصه] ففعله بأمر المشتري كفعل المشتري، وإذا فعل ما لا ينقصه، ولا حصل تحت يد المشتري فهو كفعله من مكان إلىٰ مكان، وأما وجوب الأجرة في الفعل الذي يصيرُ به قابضاً، فلا [شبهة][1] فيه؛ لأنَّه إذا صارَ بفعل البائع قابضاً من طريق الحكم، صارَ بذلك القبض مُستوفياً للعمل، فيجب عليه بدله.

وأمَّا إذا كان العمل لا يصير به المشتري قابضاً، فقد هلكت المنافع قبل القبض، فلا يجوز أن يجب بدلها، فيجب[2] أن يحمل ما قالوه علىٰ المنافع التي لا تفتقر إلىٰ التسليم إذا فعلت في الملك، مثل: الحمل فتجب الأجرة؛ لأنَّ التسليم فيها لا يُعتبر.

١١٨٣ ـ فَصْل: [الضمان إذا كان المبيع في يد المشتري]

ولم يذكر أبو الحسن حكم المبيع إذا كانَ المبيعُ في يد المشتري، وقد قالوا إن كلَّ موضع كان المبيعُ مضموناً في يد المشتري بنفسه؛ مثل: الغصب، فإنَّه يدخل في ضمانه بنفسِ العقد، سواء كان المبيعُ بحضرته أو غائباً عنه؛ وذلك لأنَّ ضمان المبيع هو ضمان الشيء بنفسه، بدلالة أن من اشترىٰ عبداً بجارية فقبض العبد [الذي دخل في ضمانه] وهلك في يده، ثم ماتت الجارية قبل التسليم، وجبَ عليه ضمان قيمة العبد، وهذا هو ضمانُ الغصب، فإذا باعه فقد وجد عقيب العقد القبض الذي أوجبهُ العقد، فدخل في ضمانه.

وإن كانت العينُ في يد المشتري أمانة، مثل: الوديعة والعارية، أو مضمونة بغيرها، مثل: الرهن، لم يدخل في ضمان المشتري، إلا أن يكون بحضرته، أو

(١) في ج (يشمله) والمثبت من أ.

(٢) في أ (وإنما يحمل).

يرجع إلىٰ حيثُ هو فيصير متمكِّناً من قبضها ؛ لأنَّ يدَ المودَع والمستعير يدُ أمانة ، فلم يُوجد عقيب العقد القبض ، الذي يقضيه البيع ، وهو القبض المضمون .

فإذا كانت العينُ بحضرته فبقاؤه علىٰ الإمساك تجديد قبضٍ فيها ، وإن كانت غائبة فلا بدَّ من تجديد القبض ، وذلك لا يُمكن إلَّا أن يَصير بحيث يتمكن من قبضها ، وأما الرهن فهو مضمون إلا أن ضمانه ليس هو الضمان الذي يوجبه عقد البيع ؛ لما بيَّنا أنّ قبض المبيع مضمون بنفسه ، والرهن مضمون بغيره ، فلم يكن بدٌّ من تجديد القبض .

فَصْل: قال أبو الحسن: فإن وكَّل كلُّ واحد منهما بالقبض وكيلاً أو أحدهما ، فذلك جائزٌ ؛ لأنَّ القبض يصح فيه النيابةُ ، فكان قبض الوكيل كقبض موكِّلهِ.

١١٨٤ ـ **فَصْل**: [قول المشتري: كِلْ الحنطةَ في هذه الغَرائِر]

وكذلك إن دفع المشتري إلىٰ البائع غرائر ، فقال: كِلْ هذا فيها ، وهو تعينه فكاله ، كانَ قبضاً كان المشتري حاضراً أو لم يكن ، ولا يكون ذلك قبضاً في السلم ، إلا أن يحضر ربّ السلم أو وكيله ، وقد بيّنا الفرْقَ بين المسألتين في باب السلم .

وقال أبو يوسف: إذا قال المشتري للبائع: أعرني [جَوالِقَك وكِلْه][1] فيه ، ففعل والمشتري حاضر فهو قبض ، وإن كان غائباً لم يكن قبضاً ، وقال محمد فيهما: لا يكون قبضاً مع الغيبة حتىٰ يقبض الجوالق منه ثم يسلمه إليه فيقول: كِلْ لي فيه .

---

(١) في ج (جوالقًا وكله) والمثبت من أ.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّه لمّا استعار الجوالق بعينه؛ صَارَ الكيل فيه كالكيل في جوالق [وليس كذلك إذا كان بغير عينه؛ لأن العارية لم تصح فيه، فصار البائع كائلاً في جوالق] لا يد للمشتري عليه.

وجهُ قول محمد: أن العارية لا تصح إلا بالقبض فما لم يقبض الجوالق لم تثبت يده عليه، فلا يكون بالكيل فيه قابضاً.

وقد قالوا إذا قال رجل لرجل: أقرضني قفيزاً من حنطة! وكِله في جوالقي هذا، فكاله المُقرض مع غيبة المُستقرض لم يكن قابضاً؛ لأنَّ المُستقرضَ لم يملك الطعام، فأمره فيه لا يتعلق به حكم كالسَّلم.

١١٨٥ ـ فَصْل: [القبض في العين والدَّين]

وقد روى ابن سماعة، عن أبي يوسف: فيمن اشترى كُرّا بعينه، وله على البائع كُرُّ دَينٍ فأعطاه جوالقاً، وقال: كِلْهما فيه، فكالهما، فهو قابض، سواء كال الدين أولاً أو المشترى، وقال ابن سماعة عن محمد في نوادر أبي يوسف: إن كال(١) الدين [أولاً](٢) لم يكن قابضاً للدين، وكان قابضاً للعين، فيكونان شريكين فيهما، وإن كَالَ [العين](٣) أولاً صار قابضاً لهما.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّه لما أمره بكيلهما فكال الدين، لم يصر بكيله قابضاً، فإذا خلطه بالعين صار قابضاً بخلطهما؛ لأنَّ الخلط من أسباب التمليك.

[وجه](٤) قول محمد: أنَّه إذا كال العين أولاً فقد دخلت في قبض المشتري،

(١) في أ (كان).
(٢) في ج (أو) والمثبت من أ.
(٣) في ج (للعين) والمثبت من أ.
(٤) في ج (وخبر) والمثبت من أ.

فإذا كال الدين عليها، صار مستملكاً[1] له في ملك المشتري فيكون قبضاً، وأما إذا كال الدين أولاً فلم يملكه المشتري فبقي على ملكه، فإذا كال عليه المبيع فقد خلطه بملك نفسه، فلا يبرأ من الدَّين.

١١٨٦ - فَصْل: [تسليم البائع المشتري مبيعًا متعلقًا بآخر]

قال أبو الحسن: فإذا سلم البائع إلى المشتري مَبيعاً متعلِّقاً بملك آخر للبائع، فإن ذلك على وجهين: ما كان المشتري لا يمكنه تناوله إلا أن يُحدث في ملكِ البائع الذي لم يقع عليه عقد البيع حَدثاً يصل به إلى القبض، لم يكن ذلك تسليمًا من البائع، وهذا مثل من باع قطناً في فراش فسلّم الفراش، أو حنطة في سنبل فسلم السنبل. وما كان المشتري يمكنه تناوله، بأن يُحدث في نفس المبيع القبض لا في غيره، [فهذا][2] تسليم، وهذا مثل التمرة على النخلة، أو الكرم.

والوجه في ذلك: أن التسليم في مسألة الفراش لا يمكن إلا بفتق الفراش، وذلك تصرّف في ملك البائع، وكذلك تسليم الحنطة لا يمكن [إلّا] بدقِّ [التبن][3]، وذلك تصرف في ملك البائع، والمشتري لا يستحق بالبيع التصرف فيما لو تملكه، فلم يصر قادراً على التسليم، فلم يكن قبضاً، فأمّا التمرة فأخذُها لا يقف على إحداث فعل فيما لم يملكه، وإنما يقف على التصرف فيما ملكه، فلا يمنع ذلك التسليم كالنقل الذي هو تصرّف فيما ملكه.

وعلى هذا قالوا: إن أجرة فتق الفراش ودق السنبل على البائع؛ لأنَّ ذلك

(١) في أ (مستهلكًا).
(٢) في ج (فلذلك) والمثبت من أ.
(٣) في ج (البان) والمثبت من أ.

ليس بقبض، وإنما هو فعل يتوصل به البائع إلىٰ القبض المستحقِّ عليه، وقالوا في أجرة الجَداد وأخذ الثمر أنها علىٰ المشتري؛ لأنَّ ذلك هو القبض بعينه[1]، فصار كالنقل.

وقد قال عمرو بن أبي عمرو في إملائه: إن أُجرة الكَيَّال والوزَّان والذرَّاع والعدَّاد علىٰ البائع، وهذا يريد به فيما باعه مكايلة أو موازنة أو عدداً أو ذراعاً؛ لأنَّ الكيل لإيفاء المستحق علىٰ البائع، فكانت أجرته عليه.

وقال ابن رستم عن محمد: أن أجر الناقد علىٰ المشتري، وأجر الوزّان علىٰ البائع؛ لأنَّ النقد إنما يحتاج المشتري إليه ليُميّز به ما تعلّق حقَّه به من غيره، فأجرةُ ذلك عليه.

وروىٰ ابن سماعة عن محمد قال: أجرةُ الناقد والوزَّان علىٰ الذي عليه الدين، إلَّا أن يقبض دينه، ثم يدَّعي أنه من غير نقده، فإن الحاكم يجعل أجرةَ ناقده عليه.

والوجهُ في ذلك: أن البائع ما لم يقبض الثمن فعليه أن يوفي الثمن الجيد كما عليه أن يوفي القدر، فإذا وجبت أُجرة الوزَّان عليه كذلك الناقد، وأما إذا قبض [صاحب][2] الحق حقَّه فقد دخل في ضمانه بالقبض، فإذا ادَّعىٰ أنَّه علىٰ خلاف حقّه فالناقد إنما يميز ملكه ليستوفي [بذلك][3] حقاً له فالأجرة عليه[4].

(١) في أ (القبض نفسه، فهو كالنقل).

(٢) في ج (صاحبه) والمثبت من أ.

(٣) في (تلك) والمثبت من أ.

(٤) انظر: الأصل ٥٧٣/٢ وما بعدها؛ التجريد، ٢٥٧٠/٥ وما بعدها.

بَابُ
قبض المبيع بغير إذن البائع

قال أبو الحسن: إذا قبض المشتري المبيعَ بغير إذن البائع، فيما للبائع منعه حتىٰ يَستوفي الثمن، فللبائع أن يستردَّه من يد المشتري، فيكون في يده حتّىٰ يستوفي الثمن.

قال الشيخ رحمه الله: والأصل في هذا ما بينا أن للبائع حق الحبس حتىٰ يستوفي الثمن، فإذا قبض المشتري المبيعَ بغير أمره فقد أسقط حقَّه، فكان للبائع استرجاعُه إلىٰ يده حتَّىٰ يستوفي حقَّه؛ ولأنَّ المبيع محبوس لاستيفاء مالٍ كالرهن، ومعلوم أن الراهن لو أخذ الرهن من يد المرتهن بغير أمره أُجبر علىٰ ردِّه، كذلك المشتري، وليس كذلك إذا نقد المشتري الثمن ثم قبض المبيعَ بغير إذن البائع؛ لأن البائع لم يبق له حقُّ الحبس لأجله، فإذا قبض المشتري فقد قبض بحق، ألا ترىٰ البائع لو امتنع من التسليم أُجبر عليه، والقبض بحق لا يفسخ.

١١٨٧ - **فَصْل: [تصرف المشتري فيما قبضه بغير إذن البائع]**

قال أبو الحسن: وكذلك إن كان المشتري باعه أو وهبه أو رهنه؛ وذلك لأنَّ تصرفَ المشتري فيما قبضه بغير إذن البائع علىٰ وجهين:

كل ما يلحقه الفسخُ فللبائع فسخه واسترجاع المبيع، مثل: أن يبيع المشتري أو يرهن أو يهب أو يؤاجر أو يتزوج علىٰ المبيع؛ وذلك لأنَّ هذا التصرف مما يلحقه الفسخ، وقد تصرَّف المُشتري مع تعلّق حق غيره بالمبيع، فكان لصاحب

الحق فسخ تصرُّفه، كالراهن إذا باع الرهن.

والضرب الثاني من التصرّف: ما لا يلحقه الفسخ، مثل: العتق، والتدبير، والاستيلاد، فلا يملك البائع ردّ المبيع إلىٰ يده؛ لأنَّ تصرف المُشتري صادفَ ملكه، وهو مما لا يلحقُه الفسخُ فنفذ، فلم يمكن الرجوع فيه، ولأنَّ المشتري لو فعل ذلك والمبيع في يد البائع نفذ وسقط حقُّ الحبس، فإذا فعله بعدَمَا قبضه أولىٰ.

١١٨٨ ـ فَصْل: [البائع وجد الثمن زيوفًا قبل قبض المشتري المبيع]

فإن نقد المشتري الثمن ولم يقبض المبيع حتَّىٰ وجد البائع الثمن أو بَعضهُ زيوفاً أو بهرجةً أو استحقَّ أو كان ستوقاً أو رصاصاً، فللبائع أن يمنعَ المبيع حتىٰ يستوفي الثمن؛ لأنا بيَّنا أن للبائع حق الحبس حتىٰ يستوفي حقَّهُ، وحقه الجياد، فإذا قبض الزيوف ولم يسقط حقّه عن المبيع، كان له البقاء علىٰ الحبس حتَّىٰ يقبض ما تعلَّق حقّه به.

قال: وكذلك إن كان المشتري قبضه بغير إذن البائع بعد دفع الثمن الزيوف، فللبائع أن ينقض القبض؛ وذلك لأنَّا بيَّنا أن قبض المشتري بغير إذن البائع في الموضع الذي للبائع حق الحبس[1] كلا قبض، فكان له أن يسترجع المبيع.

فإن كان المشتري قد تصرَّف فيه؛ فتصرُّفه علىٰ الوجهين اللذين قدّمنا، يفسخ منه ما يلحقه الفسخ، ولا يفسخُ ما لا يلحقه الفسخ.



(١) في ج (أن يحبس).




١١٨٩ ـ **فَصْل: [البائع وجد الدراهم ستوقة وقد كان قبض المشتري بأمر البائع]**

قال أبو الحسن: فإن قبضهُ بأمره ثم كان ذلك، ردّه البائع إلىٰ يده إذا كانت الدراهمُ ستوقةً أو رصاصاً أو استحقَّت، وكان العبدُ قائماً في يد المشتري لم يحدث فيه شيئاً، وليس له عليه في البهرجة والزيوف سبيل.

قال الشيخ رحمه الله: وهذه أربع مسائل:

إحداها: هذه سُوِّي فيها بين المستحقة والستوقة.

والمسألة الثانية: إذا قبض الراهنُ الدَّينَ فأخذ الرهنَ بإذن المرتهن ثم وجد الدين علىٰ إحدىٰ هذه الصفات، فإنَّه يسترجعُ الرَّهن في الوجوه كُلِّها.

والمسألة الثالثة: المكاتَب إذا أدَّىٰ فعتق، ثم وجدَ المولىٰ المال علىٰ إحدىٰ هذه الصفات، فإن العتق يقع فلا يفسخ في الزيوف والبهرجة والمستحقَّة، ولا يعتق في الرصاص والستوقة.

والمسألة الرابعة: ذكر في كتاب الأيمان: إذا حلف لا يُفارق غريمه حتىٰ يستوفي حقَّه فأعطاه دينه، ثم وجدَه علىٰ أحد هذه الصفات بعد الافتراق، برَّ في يمينه في الزيوف والبهرجة والمستحقَّة، وحنثَ في الستوقة والرصاص.

أمَّا الكلام في مسألة البيع: فقد بيّنا أن البائع لا يسترجع المبيعَ في الزيوف والبهرجة، وقال زفرُ: يَسترجعُه، ورويَ عن أبي يوسف مثله، قال ابن أبي مالك: هذا قوله الأوّل، ثم رجع إلىٰ قول أبي حنيفة.

وجْهُ قولهم: إن الزيّوفَ والبهرجة يقع بهما الاستيفاء عن الجياد؛ بدلالة

[أن من له الحق] لو تجوَّز بها في ثمن الصرف ورأس مال السلم جاز ، فإذا أسقط حقه عن المبيع مع تعين ملكه في الثمن ، لم يكن له استرجاعه كما لو وجده جياداً ، وليس كذلك الرصاص والستوق ؛ لأن الاستيفاء لا يقع بها عن الجياد ؛ ولهذا لو تجوز بها في ثمن الصرف ورأس مال السلم لا يجوز ، فلم يقع بها الاستيفاء في مسألتنا ، والبائع إنما أسقط حقَّه بشرط الاستيفاء ، فكان له العودُ فيه ، وأمَّا المُستحقَّة فلم يملكها بالقبض ملكاً صحيحاً ، فإذا لم يُجز المستحِقُّ القبضَ انفسخَ من أصله ، فكأنّه لم يقبض .

والفرق بين مسألة البيع والرهن: أنَّ في الرهن يثبت له قبض بعد قبض ، بدلالة أنَّ المرتهن لو أعار الراهن للرهن كان له استرجاعه ، فإذا سلم الرهن عند الاستيفاء ، ثم انفسخ الاستيفاء بالردِّ كان لهُ استرجاعُ الرهن ثانياً ، وليس كذلك البيعُ ؛ لأنَّه ليس له إلا قبض واحد ، ألا ترىٰ أن البائع لو أعار المشتري المبيع لم يكن له استرجاعه ، (فإذا سلمه بعد تعين ملكه في قبض صحيح ، لم يكن له استرجاعه)[1] .

وجه قول زفر: أن البائع يثبت له [حق] الحبس ليستوفي حقَّه ، والزيوف ليست حقَّهُ فصارت كالرصاص ؛ ولأنَّه محبوس للاستيفاء كالرهن ، وأمَّا الكتابة فإن العبد يعتق فيها من حيث الشرط ، فإذا دفع الزيوف والمُستحقَّة وقبضها عن الجياد قبضاً صحيحاً ، وُجِدَ شرط العتق فعتق ، والمستحقَّة قبْضُها قبض صحيح ، ألا ترىٰ أنَّه ليس لواحدٍ من المتعاقدين حقُّ الفسخِ فيها ، فوجدَ بأدائها الشرط ، فعتق ، وأمَّا الستوقة والرصاص فليسا من جنس الدراهم ، فلا يوجد

(١) ساقطة من أ.

بأدائها الشرط فلا يعتق.

وأمَّا مسألة اليمين، فلا شبهة في الزيوف والبهرجة؛ لأنَّ قبضها عن[1] الجيَاد قبضٌ صحيحٌ، فإن ثبت لقابضها الخيار، وإذا صحَّ القبض وجد شرط البرّ، وأما المستحَقّة فقد كان يجبُ أن لا يبرأ فيها؛ لأنَّه لا يملكها بالقبض، ولكنَّهم قالوا: الأيمان محمولة على العُرفِ، ومَعلومٌ أن من حَلف أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي، إنما يريدُ [بيمينه][2] أن لا يُفارقه وله عليه مُطالبته، وهو إذا قبضَ المستحقَّة فقد سقطت مطالبته في الحال، وإنما يثبت له حق المطالبة في الثاني إذا لم يجد المُستحق قبضه، وهذا لا يمنع من وجود شرط البر.

١١٩٠ ـ **فَصْل**: [تصرف المشتري في المبيع ببيع أو إجارة]

قال أبو الحسن: فإن كان المشتري قد تصرَّف فيه ببيع أو رهن أو إجارة، فلا سبيل للبائع عليه؛ وذلك لأنَّ المشتري قبضه بتسليطه، فإذا تصرَّف فيه سقط بذلك حقَّ الفسخ كالمقبوض على وجه بيع فاسد إذا تصرف فيه المشتري.

١١٩١ ـ **فَصْل**: [تجزئة الصفقة الواحدة]

قال أبو الحسن: وإن كان المُشتري اثنين فنقده أحدُهما حصَّته أو نقداه إلا درهماً واحداً، بقي على أحدهما، فله أن يمنع جميع المبيع حتى يستوفي ما على الآخر؛ وذلك لأن البيع صفقة واحدة، ألا ترى أن الثمن جملة واحدة فصار كالمشتري الواحد.

---

(١) في أ (من).

(٢) في ج (به) والمثبت من أ.

١١٩٢ ـ فَصْـل: [قبض المبيع من أحد المشترِيَيْن]

قال أبو الحسن: فإن غاب أحد المشتريَيْن وحضر الآخر، لم يكن له أن يقبض المبيع [حتىٰ] يُسلم جميع الثمن، ولا يجبر علىٰ ذلك، فإن اختار ذلك سلّمه وقبض العبد، ولم يكن متبرِّعاً فيما نقد في قول أبي حنيفة ومحمد، وله حبس العبد حتىٰ يُعطيه شريكه ما نقدهُ عنه، وقال أبو يوسف في الأصل والجامع الصغير: ليس له أن يقبض حتىٰ يؤدّي جَميعَ الثمن، فإذا أدَّىٰ قبض نصيبه خاصَّة، وهو متطوع فيما نقد عن صاحبه، وذكر بشر بن الوليد عنه في نوادره: أنه يدفع نصف الثمن، ويأخذ نصف العبد، فإذا أدَّىٰ جميع الثمن وأخذ العبد فهو متطوع.

وقال الشافعي: له أن يأخذ نصفَ العبد إذا أدَّىٰ نصف الثمن.

وإنما قلنا: إنَّه لا يجوز أخذ شيء من العبد إذا أدَّىٰ نصيبه من الثمن؛ لأنَّ في ذلك تفريق الصفقة [علىٰ البائع][1] في الحبس، وذلك لا يجوز، كما لا يجوز تفريق الصفقة عليه في الملك، وأصله إذا كان المُشتري واحداً.

وعلىٰ الشافعي: أن البائع سمَّىٰ ثمناً حالًّا جملةً واحدةً، فلا يجوز قبض شيء من المبيع قبل استيفاء الثمن، كالمُشتري الواحد، وإنما قلنا إنَّه إذا أدَّىٰ نصيب شريكه لم يكن متطوعاً؛ لأنَّه لا يتوصل إلىٰ استيفاء حقِّه إلا بأداء ذلك، فدخولهما في العقد إذن من كل واحد منهما لصاحبه فيما يتوصل به إلىٰ تحصيل أحكام العقد، فصار ذلك كالإذن في دفع الثمن من طريق القول، وليس كذلك إذا كان شريكه حاضراً؛ لأنَّه يتوصل إلىٰ استيفاء حقِّه من غير دفع الثمن بأن يقدّم الشريك إلىٰ الحاكم فيلزمه الاجتماع معه علىٰ الدفع، فإذا لم يفعل حتىٰ أدَّىٰ

---

(١) في ج (عليه) والمثبت من أ.

ذلك كان متطوِّعاً.

وإنما قلنا إنَّه لا يجبر على ذلك ؛ لأنَّ الإنسان لا يلزمه قضاء دين غيره إلا بضمان، ولم يُوجد من أحد الشريكين ضمان.

وإذا ثبت أنَّه لا يقبض حتَّىٰ يؤدِّي الثمنَ، فإذا أدَّىٰ الثمن كان له قبض جميع العبد؛ لأنَّه قام مقام شريكه في أداء الثمن بحكم العقد، فصار كوكيله في الشراء.

وإذا قبض العبدَ رجعَ علىٰ شريكه بما أدَّىٰ عنه؛ لأنَّه أدَّاه بمقتضىٰ العقد الذي دخل شريكه معه فيه، فصار كالمؤدِّي بأمره.

وله حبس نصيب شريكه حتَّىٰ يستوفي؛ لأنَّ الأداء إذا صار كالمأمور به، صارَ قبضُ الشريك كقبض الوكيل بالشراء، فله الحبس عندنا.

فإن هلك في يَده قبل حبسه هلك علىٰ الأمانة، وإن حبسه فهلك كان مضموناً، وسنُبيّن هذا في الوكيل بالشراء.

فأما أبو يوسف فقال في رواية الأصول: لا يقبض حتىٰ يدفع جميع الثمن لما قدَّمنا، إلا أنَّه إذا أدَّىٰ [قبض نصيبه؛ لأنه متطوع عنده في الأداء، فصار كالأجنبي إذا أدَّىٰ]، وإنما كان متطوعاً لأنه أدَّىٰ عنه بغير أمره فصار كالأجنبي، وقال في رواية بشر [عن أبي يوسف]: يؤدِّي نصف الثمن ويقبض نصف المبيع؛ لأنَّه أدَّىٰ جميع ما لزمه بالعقد، فكأنه ابتاع وحده، فإن قبض الجميع، فقد قبض ما ليس له قبضه، فكان ضامناً.

وقد روي عن أبي حنيفة أنَّه قال: إذا أدَّىٰ جميع الثمن وقبض العبد فمات

في يده رجع علىٰ شريكه بنصف الثمن، وهذا محمول علىٰ أنَّه هلك قبل الحبس.

١١٩٣ ـ فَصْل: [اختلاف البائع والمشتري في القبض]

قال أبو الحسن: وإذا اختلف البائع والمشتري في القبض، فقال المشتري: لم أقبض ما اشتريت، وقال البائع قد قبضته، فالقول قول المشتري مع يمينه علىٰ البتات؛ وذلك لأنَّ المبيع في ضمان البائع، فإذا ادَّعىٰ البراءة من الضمان، فلا يُصدَّق.

ويُستحلف المُشتري؛ لأنَّا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة، والشيء ممَّا يَصحُّ بذله، فكان القول قوله مع يمينه، ويُحلّف علىٰ البتات؛ لأنَّها يمين علىٰ فعْل نفسه.

قال: وكذلك إن قبض المُشتري بعضه، فقال: قبضتُ ثلثه، وقال البائع: نصفه، فالقول قول المشتري؛ لما قدَّمنا.

قال: فإن اختلفا في قبض الثمن، فهو علىٰ ما قدَّمت في كتاب السّلم إذا اختلفا في [قبض] رأس المال، يعني أنَّ القول في ذلك قول البائع مع يمينه؛ لأنَّ الثمن في ضمان المشتري، فإذا ادَّعىٰ التسليم فقد ادَّعىٰ البراءة من الضمان، فلا يقبل قوله.

١١٩٤ ـ فَصْل: [فسخ البيع بإصابة المبيع]

ذكر أبو الحسن في الجامع الكبير: إذا قال البائع: قطعتَ يده أيّها المشتري فصرت بذلك قابضاً، وقال المشتري: قطعت أنت أيها البائع يده، فانفسخ البيعُ فيها، لم يقبل قول واحد منهما علىٰ الآخر، كأنها ذهبت بآفة من السماء، فيكون




المُشتري بالخيار ؛ وذلك لأنَّ البائع يدَّعي البراءة من الضمان ، فلا يُقبل قوله ، والمشتري يدَّعي [سقوط بعض][1] الثمن ، فلا يُقبل قوله .

فإن اختار المشتري أخذه ؛ أخذ بجميع الثمن بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى الآخر ، أمَّا البائع فيدَّعي عليه سقوط بعض الثمن ، وأما المشتري فيدَّعي عليه دخول المبيع في ضمانه ، فإن اختار المشتري الردَّ حلفَ المشتري وحده ؛ لأنَّ البائع يدَّعي عليه دخول المبيع في ضمانه ، فلا فائدة في تحليف البائع مع ردِّ المبيع عليه .

ولو كان المبيع مما يُكال أو يُوزن فذهب بعضه ، فقال البائع للمشتري: أنت أكلته ، وقال المشتري [للبائع]: أنت أكلته ، لم يقبل قول كل واحد منهما على الآخر ؛ لما قدَّمنا ، وكأنه ذهب بعض المبيع بآفة من السماء ، ويقال للمُشتري إن شئت فخذ ما بقي بحصَّته ، وإن شئت فرُدَّ ، فإن اختار [الأخذ ، حلف كل واحد منهما على دعوى الآخر ، وإن اختار] الرد ، حلف المشتري وحده ، وهذا على ما بيَّنَّا .

فإن أقام أحدهما البيِّنة قبلت بيِّنته ؛ لأنها بينة في مقابلتها دعوى ، فإن أقاما جميعاً بينة فالبينة بينة البائع ؛ لأنَّها تثبت دخول المبيع في ضمان المُشتري ، وبيِّنة المشتري تنفي ذلك ؛ ولأنَّ في بيِّنته فائدة ، وهي إيجاب الثمن على المشتري ، ولا فائدة في بيِّنة المشتري أكثر من فسخ المبيع ، فكانت بيِّنة البائع المتضمِّنة للفائدة أولى[2] .

---

(١) في ج (البراءة من) والمثبت من أ.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٥٥ وما بعدها ؛ القدوري ص ١٨٣ .

بَابُ
ما يفسد به البيع

قال أبو الحسن: جملة ما يَفسُد به البيع ؛ أن يكون المبيعُ مجهولاً أو ثمنه ، أو [يكون] محرَّماً أو ثمنه ، أو يكون في المبيع حق لغير بائعه ، لا يجوز للبائع فسخهُ ، أو أن يشترط فيه [شرطًا فيه] منفعة لأحد من الناس لا يوجبها العقد ، أو يكون المبيع مما لا [يقدر](١) على تسليمه ، أو يكون في المبيع أو في ثمنه غَرَر .

أمَّا جهالة المبيع ؛ فلما روي عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال: «من أسلم فليُسلم في كيل معلوم ، أو وزن معلوم» فاعتبر العلم بالمبيع ، فدلَّ على أن ذلك شرط ، وقال في الإجارة: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»(٢) ، ولأنَّ الجهالة يتعذَّرُ معها التسليم ؛ لأنَّ المبيع إذا لم يُعرف ؛ لم يَعلم المشتري ما يستلم ، وكذلك جهالة الثمن ؛ لأنَّه أحد العوضين في العقد [فصار] كالآخر ، وهذه الجهالة المفسدة هي المانعةُ من التسليم ، فأمَّا الجهالة التي لا يتعذَّر معها التسليم ، فلا تمنع العقد كجهالة كيل الصُبرة ، وكمن قال: أبيعك هذا [العِدل] ، وهو لا يعلم عدده .

وأمَّا إذا كان المبيع محرَّماً أو ثمنه ، مثل بيع الخمر ، وبيع الخنزير ، وبيع المُحْرِمِ الصيدَ ؛ فلقوله ﷺ: «لعنَ الله الخمرَ وبائعها ، ومشتريها»(٣) ؛ ولأنَّ العين

(١) في ج (يقيد) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/١٢٠ ؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٤/٣٦٦ ؛ والإمام أبو حنيفة في مسنده (من مراسيل إبراهيم) ، مسند أبي حنيفة ، ١/٨٩ ؛ الدراية ، ٢/١٨٦ .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤) ؛ والحاكم في المستدرك ٢/٣٧ ؛ والبيهقي في الكبرى ٥/٣٢٧ ؛=

المحرَّمة منعت الشريعةُ من التصرُّفِ فيها، والبيع يعلم جوازه بالشرع، فلم يصح فيما منع الشرع منه.

وأمَّا الحق في المبيع لغير البائع، فمثل بيع الرَّهن، وبيع ما آجره؛ لأنَّ البائع لا يقدرُ علىٰ تسليمه عقيب العقد؛ لعدم ثبوت يده عليه، فهو كالطَّير في الهواء، [والسمك في الماء].

وقد اختلفت العبارة في الكتب في هذه المسألة: فقال في موضع: البيع فاسد، وقال في موضع: البيع موقوف، فمن أصحابنا من جَعلهُ روايتين، ومنهم من قال: رواية واحدة، أنَّه موقوف، وقوله فاسد، أي: أنه يفسده[1]، فإن قلنا: أنَّه فاسد، فقد بينا وجهه، وإن قلنا أنَّه موقوف، وهو الصحيحُ؛ فلأنَّه عقد علىٰ ملك نفسه ولغيره فيه حق، فوقف تصرُّفه كالوصيَّة بجميع المال؛ ولأنَّه لو عقد علىٰ ملك غيره وقف، فإذا عقد علىٰ ملكِ نفسه وللغير فيه حق يمنع نفوذ العقد أولىٰ أن يقفَ.

وأمَّا قوله: أو أن يشترط فيه منفعة لأحد من الناس لا يوجبه العقد فمثل: أن يشترط فيه منفعة للبائع، وهو أن يقولَ: علىٰ أن أهب لك أو أقرضك، أو للمشتري مثل أن يقول: علىٰ أن يقرضني [أو يهب] لي، أو للمعقودِ عليه، مثل أن يقول: أبيعك هذا العبد علىٰ أن تعتقه، أو تدبِّره، أو لغيرهما، مثل أن يقول: علىٰ أن تبيع من فلان عبدك، أو تقرضه عشرة، فالبيع في هذا كلِّه فاسد؛ لما روىٰ عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدِّه، أن النبيَّ ﷺ **«نهىٰ عن بيعٍ**

= وأحمد في المسند ٢/٩٧؛ وأورده الهيثمي في المجمع وقال: «رواه الطبراني في الكبير، وفيه ليث بن سليم، وهو ثقة ولكنه مدلس...» ٤/٩٠؛ التلخيص الحبير ٤/٧٣؛ الدراية ٢/٢٣٥.

(١) في أ (سيفسد).

وشرط»[1]، وفي هذه الجملة كلام نذكره في باب الشروط.

فأمَّا قوله: إذا كان الشرط لا يقتضيه العقد؛ فلأنَّ الشرط الذي يقتضيه العقدُ لا يبطله، مثل أن يقول البائع: على أن أحبسَ المبيع إلى أن أستوفي، أو على أن تسكن أيها المشتري الدار، أو تطأ الجارية، فهذه شروط يقتضيها العقد، ليس فيها ضرر على واحدٍ منهما، فلا يفسد.

فأمَّا إذا كان المبيعُ مما لا يقدر على تسليمه؛ فالبيع فاسد، مثل بيع الرَّهن، وبيع الطير[2] إذا طار من يده؛ لأنَّ التسليم موجبُ العقد، فلم ينعقد العقد مع تعذر موجبه.

وأمَّا قوله: أو يكون في المبيع أوفي ثمنه غَرَر، فمثل السمك في الماء، والطير في الهواء، وبيع الآبق، أما السمك في الماء؛ فلأنَّه لا يملكه، وقد (نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يملك)، وأمَّا الآبق؛ فلأنَّه لا يقدر على تسليمه عقيب العقد؛ لعدم ثبوت يده عليه.

قال أبو الحسن: وكذلك بَيعُ ما ليس عندَ البائع، والأصل في ذلك حديثُ حكيم بن حزام قال: كنتُ أدخل السُوق فأستحسن السلع، ثم أخرج، فأبيعها، ثم أبتاعها، فأسلِّمها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: «**لا تبع ما ليسَ عندك**».

قال أبو الحسن: وكذلك بيع ما لم يُقبض، وقد بيَّنّا أن بيع الأعيان التي تنقل وتحوّل، لا يجوز قبل القبض.

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ٤/٣٣٥، وقال الهيثمي عن رواية الطبراني: «وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال» ٤/٨٥؛ ورواه الإمام أبو حنيفة في مسنده ١/٢٦٧.

(٢) في أ (الذي).

قال: وكذلك إذا باع دَيناً له في ذمَّة غير المشتري، وقد قال أصحابنا: إنّ تمليك الدين لغير مَن في ذمَّته لا يجوز، وقال مالك: يَجوزُ لنا أن البائع يعجز عن تسليم ما في ذمَّة غيره، عقيب العقد لعدم ثبوت يَده عليه، فصار كبيع العبد الآبق، وليس كذلك إذا باعه ممَّن في ذمَّته؛ لأنَّه يسلم إليه عقب العقد، فصار كبيع العين المغصوبة من الغاصب، وإن لم يجز من غيره.

١١٩٥ - فَصْـل: [صفقتان في صفقة واحدة]

وكذلك صفقتان في صفقة واحدة، ومعنىٰ ذلك أن يقول: أبيعك هذا العبدَ بألف درهم، علىٰ أن تبعني هذا الفرس بألف، لما رُوي عن النبيِّ ﷺ أنَّه «نهىٰ عن صفقتين في صفقة، وعن بيعين في بيع»[1]، [ولأنه شرط منفعة لا يقتضيها العقد.

قال: وكذلك شرطان في بيع]، وهذا مثل أن يقول: إن أعطيتني الثمن حالاً فبألف، وإن أخَّرتني شهراً فبألفين، أو يقول: أبيعك بقفيز حنطة أو بقفيزي شعير، فلا يجوز؛ (لنهيه ﷺ عن شرطين في بيع)[2]؛ ولأنَّ الثمن مجهولٌ عند العقد؛ لأنَّ البائع لا يدري أيُّ الثمنين يلزم المُشتري[3].

---

(١) رواه بالصيغة الأولىٰ أحمد في المسند ٣٩٨/١؛ والبزار في مسنده ٣٨٤/٥؛ والدراية ١٥٢/٢. وبالصيغة الثانية رواه أبو داود (٤٣٦١)؛ والترمذي (١٢٣١)؛ والنسائي في المجتبىٰ (٤٦٣٢)؛ ومالك في الموطأ (١٣٤٢)؛ وأحمد في المسند ١٧٤/٢؛ وقال الهيثمي: «ورجال أحمد رجال الصحيح» مجمع الزوائد ٨٥/٤.

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٣٣)؛ والنسائي في المجتبىٰ (٤٦٣١)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٣١٣/٥؛ والدارمي في السنن ٣٢٩/٢؛ والطبراني في الأوسط ١٥٤/٢.

(٣) انظر الأصل ٤٣٦/٢.

١١٩٦ - فَصْل: [بيع الأوصاف والأتباع]

قال: وكذلك بيع الأوصَافِ والأتباع من الحيوان، أما بيع الأوصافِ، فكبيع ألية الشاة الحيَّة، وأما الأتباع من الحيوان، فكبيع [نتاج] الفرس، وكبيع اللبن في ضرع الشاة، أمَّا الأوَّل: فلا يجوز بيعه؛ لأنَّ ذلك [محرم] استباحته من الحيوان قبل الذبح؛ ولأنَّه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

وأمَّا الثاني: (**فلنهيه ﷺ عن بيع الجنين، وعن بيع الحبلة، وحبل الحبلة**)[١]، وروى ابن عباس (**أن النبيَّ ﷺ «نهى عن بيع اللبن في الضرع»**)[٢].

١١٩٧ - فَصْل: [بيع ما لا يتبعض إلا بضرر]

[قال]: وكذلك ما[٣] لا يتبعض من غير الحيوان إلا بضرر، وهذا كبيع ذراع من ثوب، أو نوىً من تمر؛ لأنَّ البائع لا يمكنه تسليمُ المعقود عليه إلا بضرر لم يستحق بالعقد.

فأمَّا إذا كان ذلك ممَّا [لا] ضرر في تبعيضه، فيجوز مثل أن يقول: أبيعك عشرة دراهم من هذه النقرة، فيجوز؛ لأنَّه لا ضرر في تبعيضها، فهو كبيع قفيز من صُبْرةٍ[٤].



---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٣٦، ٣٦٣٠)؛ ومسلم (١٥١٤)

(٢) أورده الهيثمي في المجمع وقال: «النهي عن بيع الثمرة [أول الحديث] في الصحيح رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات» ٤/١٢٠.

(٣) في أ (كل ما لا).

(٤) انظر: الأصل ٢/٤٣٨.

١١٩٨ ـ فَصْـل: [البيع بثمن ثم الشراء بأقل مما باعه قبل القبض]

قال أبو الحسن: ولا يجوز أن يبيع بيعاً بثمن، ثم يشتريه بأقل مما باعه قبل أن يقبض الثمن، قال الشافعي: يجوزُ[١].

لنا: ما رُوي أن أمَّ ولد زيدِ بن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها: **إنِّي بعت من زيد جاريةً بثمانمائة إلى العطاء، فابتعتها منه بستمائة نقداً، فقالت لها عائشة: بئسما شريت، وبئسما اشتريت، ألا أخبري زيد بن أرقم أنَّ الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله إن لم يتب)**[٢]، وسُئل ابن عباس عمَّن باع حريرة بمائة نَساً، فاشتراه بخمسين نقداً، فقال: الحريرة بالخمسين والخمسون ربا؛ ولأنَّه أحد العوضين في بيوع الأعيان، فجاز أن يكون لعدم قبضه تأثير في المنع من التصرُّف في المبيع كالمبيع، وكمن باع عيناً بعين.



(١) ويجوز هذا البيع (بيع العينة) عند الشافعي مع الكراهة، وقال الثلاثة: لا يجوز ذلك. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٨٧ (الرسالة).

(٢) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٥/٣٣٠؛ والدارقطني في السنن وقال: «أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما» ٣/٥٢.

بَابُ
البيوع الفاسدة، وما يُملك فيها وما لا يُملك



قال أبو الحسن: البيعُ الفاسدُ لا يملك بعَقده شيء على [كل] حال، أي شيءٍ كان المبيعُ وما كان ثمنه، وبأي وجهٍ فسد؛ وذلك لأنَّ البيعَ الفاسدَ ممنوع منه لحق الله تعالى، فمنع من تعلُّق الأحكام به؛ ولأنَّ القائل أحدُ قائلين، إما من قال: إنَّه لا يُملك به بحال، أو من قال: يُملك بالقبض، فصار امتناع الملك بالعقد ثابتاً بالإجماع، ولا يلزم على هذا إذا باع ما في يدي المُشتري؛ لأنَّ الملك لا يقع بالعقد، وإنما يقع بالقبض؛ بدلالة أنَّه لو كان في يده أمانة فاشتراها شراءً فاسداً، لم يملكها إذا لم يكن بحضرته حتَّى يعودَ إلى المكان الذي هو فيه.

١١٩٩ ـ فَصْل: [القبض بإذن البائع في البيوع الفاسدة]

قال أبو الحسن: وإذا قبض بإذن البائع فهو على وجُوه ثلاثة: ما كان لبدله قيمة، فهو يملك إذا قبض إذا كان المقبوض مما يجوزُ أن يملكه بالبيع الصحيح، وما كان ثمنه لا قيمة له، فإنَّه لا يملك وإن قبض.

قال الشيخ رحمه الله: الكلام في هذا أوّلاً في وقوع الملك بالقبض في الجملة، وقال الشافعي: ولا يملك وإن قبض[1].

لنا: ما روي أن عائشة رضي الله عنها استامت بريرة فأبى مواليها أن يبيعوها إلا أن

---

(١) انظر: المهذب ٣/٣٠، ٣١.




يشترط الولاء لهم ، فاشترت واشترطت وأعتقت ، وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فأجاز العتق وأبطل الشرط ، وخطبَ فقال: «ما بال أقوامٍ يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالىٰ ، شرط الله أملك ، وحكم الله أوثق ، ما بال أحدكم يقول: أبيع علىٰ أن الولاء لي ، إنما الولاء لمن أعتق»[1] ، فأجاز النبي ﷺ العتق معَ فسادِ البيع بالشرط.

احتجَّ بهذا الحديث أبو يوسف ؛ ولأنَّه نوع معاوضة ، فجاز أن يقع الملك فيه بالقبض ، كالهبة والقرض ، ولا يلزم النكاح ؛ لأنَّ الملك فيه يقعُ ويقفُ علىٰ القبض ، ألا ترىٰ أنَّه إذا دخل بها يملك المنفعة بالدخول ، ولهذا يجبُ عوضها ؛ ولأنَّ البدل فيه يقفُ ملكه علىٰ القبض أيضاً ؛ ولأنَّه أحد ما يملك به المشتري التصرَّف في المبيع ، فصار كالعقد.

١٢٠٠ـ فَصْل: [الملك بالقبض فيما كان العوض لا قيمة له]

وأمَّا إذا كان العوض فيه ممَّا لا قيمة له ، لم يملك [بالقبض] ، وهذا مثل البيع بالدم والميتة [والذبح] ، قال أبو يوسف: وكذلك إذا قال أبيعك بغير ثمن ؛ لأنَّ البيع ما اشتمل علىٰ عوضين ، وما اشتمل علىٰ عوض واحد فهو هبة وصدقة ، فلم يكن ذلك بيعاً ، فلم يملك به.

وأمَّا إذا كان العوض ممَّا له قيمةً ، فقد ذكر ابن سماعة عن محمد في نوادره: إذا قال أبيعُك بما يرعىٰ إبلي في أرضك ، أو بما يشرب من ماء بئرك ، فإنه يملك المبيع بالقبض ؛ لأنَّ سمَّىٰ في مقابلته ما له قيمة ، ألا ترىٰ أنَّه لو قطع الحشيش واستقىٰ الماء في إناء جاز بيعه فاشتمل العقدُ علىٰ عوضين ، فلذلك ملك المبيعَ.

(١) أخرجه البخاري (٤٤٤٤ ، ١٤٢٢) ومواضع ؛ ومسلم (١٥٠٤).

قال أبو يوسف ومحمد: وكذلك لو باعه وسكت عن الثمن؛ لأنَّ البيع يقتضي العوضَ، فإذا سكت عنه ثبتت القيمة، وهي مال، وليس كذلك إذا قال بغير ثمن؛ لأنَّه نفى العوض، والبيعُ بغير عوض ليس ببيع.

وقد قالوا: فيمن باع عبداً بجارية من جواري [المشتري](1)؛ لم يُبيِّنها، ملك العبد بالقبض؛ لأنَّه سمَّى بدلاً له قيمة.

قال معلى، عن أبي يوسف: ولو قال أبيعكَ بالكعبة أو بالربح، لم يملك وإن قبضَ؛ لأنَّه لم يذكر بدلاً [له قيمة]، ولا فرق بين أن يكون البدل مقوماً في حق المسلمين أو في حق غيرهم، مثل البيع بالخمر والخنزير؛ لأنَّه مال لأهل الذمَّة، وإن لم يكن مالاً للمُسلمين؛ ولهذا يجبُ على متلفه عليهم ضمانه، فقد سمَّى بدلاً له قيمة بحالٍ.

١٢٠١ ـ فَصْل: [البيع الفاسد من قبل الشرط الذي يدخل فيه]

فأمَّا القسم الثالث من أقسام أبي الحسن: فهو البيعُ إذا فسد من قِبَل الشرط الذي يدخل فيه، ولم يكن الفساد من جهة المبيع، ولا بَدَلَه؛ وذلك لأنَّ هذا العقد يجوز أن يصحَّ عندنا بإسقاطِ الشرط، فإذا وقع الملكُ بالعقد الذي لا يجوزُ أن يصحَّ بحال، فوقوعه بعقد يجوز أن يصح بحالٍ أولى.

قال أبو الحسن: وكذلك إن كان أحدُ البدلين مُدبراً أو مكاتباً أو أم ولد؛ وذلك لأنَّ الرق المعقود عليه موجود فيهم، فملك ما في مقابلتهم.

قال أبو الحسن: ومَا كانَ من الأثمان مجهولاً اعتُبِرَت منه ما له قيمة فيما

(١) في الأصل (البائع) والمثبت من أ، والسياق يدل عليه.




يملك بالقبض، والمجهول والمعلوم فيه سواء؛ وذلك لأنَّ البيعَ الفاسدَ العوضُ فيه القيمة، والمسمَّىٰ ليس بعوضٍ، فجهالته ومعرفته سواء.

١٢٠٢ ـ فَصْل: [القبض بغير إذن البائع في البيع الفاسد]

قال أبو الحسن: وما قبضه بغير إذن البائع فهو كما لم يقبضه في البيع الفاسد، وهذه الرواية المشهورةُ عنهم: أن الملك لا يقع بالقبض حتىٰ يأذن البائع للمشتري في القبض، وذكر محمد في الزيادات: إذا قبضه بحضرة البائع فلم ينهه، أنَّه قبض ويملكه. ولم يحكَ عن أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً.

وجهُ الرواية الأولىٰ: أن الملك لا يقع بالعقد، وإنما يقع بالقبض، فلا بدَّ من إذن البائع فيما يقع به الملك، كالقبول في البيع الصحيح.

وجهُ الرواية الأخرىٰ: أن العقد في نفسه تسليط، فإذا شاهد القبض ولم يمنع منه، فقد وقع الملك به بالتسليط الذي هو العقد.

وقد قال أصحابنا: فيمن وهب هبةً، فالقياس أن لا يملكها الموهوب له حتَّىٰ يأذن في قبضها؛ لأنَّ القبض يقع به الملك، فلا بدَّ من التسليط عليه، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: إذا قبضها في مجلس العقد جَاز؛ لأنَّ الملك يقع بالعقد والقبض، والواهب بالعقد[1] إذن بالقبض، ألا ترىٰ أن المبيعَ لما وقع الملكُ فيه بالإيجاب والقبول لم يحتج البائع بعد الإيجاب إلىٰ إذن في القبول، وقالوا في الهبة: إن افترقا من مجلسهما لم يصح قبض الموهوب له حتَّىٰ يأذن الواهب في القبض فيها؛ [لأن القبض فيها] كالقبول في البيع [والعقد كالإيجاب]، فكما لا

(١) في أ (فالعقد إذن).

يصحُّ القبول بعد الافتراق إلا بإيجاب آخر، فكذلك لا يصح القبض إلا بتسليط بعد الافتراق، [ويجوز][1] أن يكون قبض البيع الفاسد بعد الافتراق على رواية الزيادات مثل الهبة، لا تصح إلا بعد الإذن فيه[2].



(١) في الأصل (ويجب) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢/٤٤٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٩٣ وما بعدها.

بَابُ
الشروط التي تُفسد البيع

قال أبو الحسن: جملةُ ما يَفسدُ به البيع من الشروط: أن يدخل فيه شَرطاً لا يُوجبهُ العقد، والأصل في فَساد البيع بالشرط الذي لا يقتضيه: ما روىٰ أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدِّه، أن النبيَّ ﷺ «نهىٰ عن بيع وشرط»، وقال لعتاب بن أسيد لمَّا بعثه إلىٰ مكَّة: «**انْهَهُمْ عن أربع: عن بيع وشرط، وعن بيع وسَلف**»[(١)]، وقد رويَ عن عبد الوارث بن سعيد قال: دخلت مكَّة فأصبت بها ثلاثة من فقهاء الكوفة، فسألت أبا حنيفة عن بيع وشرط؟ فقال: البيع باطل والشرطُ باطل، فسألت ابن أبي ليلىٰ، فقال: البيع جائز والشرط باطل، فسألت ابن شبرمة، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فعدتُ إلىٰ أبي حنيفة فأخبرته بما قالا، فقال: لا علم لي بما قالا، حدَّثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدِّه، (أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع وشرط)، فأتيت ابن أبي ليلىٰ فأخبرته بذلك، فقال: لا علم لي بما قالا، حدَّثني هشام بن عروة، عن أبيه، (عن عائشة: أنَّها اشترت بريرة واشترطت أن يكون الولاء لمواليها، وقبضتها، وأعتقتها، فأجاز رسول الله العتق وأبطل الشرط)[(٢)]، فأتيت ابن شبرمة فأخبرته بذلك، فقال: لا علم لي بما

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ١٠/١٦١؛ والنسائي في الكبرىٰ ٣/١٩٧؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٥/٣١٣؛ وأحمد في المسند ٢/١٧٤؛ وأورده الهيثمي وقال: «رواه الطبراني في الأوسط وفيه يحيىٰ بن صالح الأيلي، قال الذهبي: روىٰ عنه يحيىٰ بن بكير مناكير، قلت: ولم أجد لغير الذهبي فيه كلامًا، وبقية رجاله رجال الصحيح» ٤/٨٥.

(٢) أخرجه البخاري (٤٤٤) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٥٠٤).

قالا ، حدَّثني محارب بن دثار ، عن أبي الزبير ، عن جابر ، **(أن رسول الله ﷺ اشترىٰ بعيراً من أعرابي ، وشرط حمولته إلىٰ المدينة)**[1] .

وما ذهب إليه أبو حنيفة رضي الله عنه أولىٰ ؛ لأنَّه يقتضي الحظر ، فهو أولىٰ مما يقتضىٰ الإباحة ؛ ولأنَّ خبر عائشة رضي الله عنها لا دلالة فيه ؛ لأنَّ البيع فَسد عندنا بالشرط ، والبيعُ الفاسد إذا اتصل بالقبض ملك ، فنفذ العتق مع فساد البيع ، وأمَّا حديثُ جابر فلا دلالة فيه ؛ لأنَّه يجوز أن يكونَ شرط بعد العقد ، والشرط إذا لم يكن في نفسِ العقد لم يفسد ، إذا ثبت هذا الأصل ، قال بشر عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة: كل شرط في البيع لا يقتضيه وفيه منفعة للبائع ، أو للمشتري ، [أو للمبيع] ، أو لغيرهما ، أو فيه مضرة علىٰ المشتري وليس فيه نفعٌ لأحد ، فالبيع فاسد .

وقال هشام عن محمد: إذا شرط فيه شرطاً ليس فيه منفعة لأحد لم يَفسد العقد ، ورويَ ذلك عن أبي حنيفة ، وقال في المزارعة الكبير: ألا ترىٰ أن أبا حنيفة كان يقول: لو باع رجلٌ جارية علىٰ ألا يطأها المشتري فالبيع جائز والشرط باطل .

فوجهُ رواية أبي يوسف: أنَّه شرط في العقد ما لا يقتضيه ، فصار كالشرط الذي فيه منفعة .

وجهُ رواية محمد: أن الشرط إنما يثبت حكمه إذا تعلَّق به حق لمستحق ،

---

(١) رواه بطوله الطبراني في الأوسط ، وقال: «لم يرو هذا الحديث عن أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ وابن شبرمة إلا عبد الوارث» ٤/٣٣٥ ، وقال الهيثمي عن رواية الطبراني: «وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال». مجمع الزوائد ٤/٨٥ ؛ ومسند أبي حنيفة ١/١٦٠.

وهذا شرط لا يتعلَّق به حقّ أحد، فسقط حكمهُ، وصار كأن لم يكن.

قال ابن سماعة، عن محمد فيمن قال: أبيعُك هذا العبد علىٰ أن لا تبيعه، فالبيع جائز والمشتري بالخيار: إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وهذا علىٰ روايته؛ لأنَّه لا حق في هذا الشرط لأحد، وقال أبو يوسف: إذا قال أبيعُك علىٰ أن لا تبيع، ولا تهب، فالبيع فاسد، وهي رواية الأصل؛ لأنَّه شرط لا يقتضيه العقد، وقالا جميعاً: فيمن باع عبداً علىٰ أن المشتري متىٰ باعه فالبائع أحق بثمنه، إن البيع فاسد؛ لأنَّ هذا الشرط فيه منفعةٌ للبائع لا يقتضيها العقد، وكذلك لو باع جارية علىٰ أن يهبها لفلان؛ لأنَّ هذه منفعة لغير المتعاقدين لا يقتضيها العقد.

ولو قال: علىٰ أن يُكاتبها أو يدبِّرها فالبيع فاسد؛ لأنَّه شرط منفعة للمعقود عليه.

ولو قال: علىٰ أن لا تبيعها من فلان، فالبيع فاسد في رواية أبي يوسف، وهذه الشروط كلُّها إذا لم يقتضها العقد، وأمَّا إذا شرط ما يقتضيه العقد، لم يفسد.

قال أبو يوسف: وإن اشترىٰ أمةً علىٰ أن تخدمه، أو علىٰ أن يغشاها، أو دابّة علىٰ أن يركبها، أو قميصاً علىٰ أن يلبسه، فالبيع في هذا جائز؛ لأنَّ هذه المعاني ثابتة وإن لم يُشرط، فذكرُها والسكوت عنها سواء.

وكذلك روىٰ ابن سماعة عن محمد: فيمن اشترىٰ حنطةً في سُنبلها علىٰ أن يحصدها البائع أو يدوسها أو يُذَرِّيها، فالبيع جائز؛ لأنَّ هذه المعاني تجب علىٰ البائع وإن [لم] يشترط، فإن ألزم علىٰ ما ذكرنا [تجب كما] إذا شرط في البيع أجلاً.

قلنا: ليس هذا ينفي لموجَب العقد؛ لأنَّ الثمن المؤجَّل غيرُ الثمن الحال، فلا يكون نفياً بموجب حال.

وأما إذا باع بشرط الخيار، فالقياس يقتضي أن يَفسُد العقد؛ لأنَّه شرط شرطاً يمنع الملك، وإنما أجازوا ذلك للخبر استحساناً ويجوز أن [يقال][1] إن العقد الذي فيه الخيار نوع عقد؛ لأنَّه لا يُوجب الملك بعقده[2]، كالهبة والقرض، فلا يكون هذا العقد هو العقد الموجب للملك، وقد [نُفي][3] مقتضاه.

وقد قالوا: فيمن اشترىٰ نعلاً وشرط علىٰ البائع حذوها وتشريكها، أن القياس: أن لا يجوز؛ لأنَّه شرط منفعة للمشتري لا يقتضيها العقد، فصار كمن اشترىٰ ثوباً وشرط علىٰ البائع خياطته، واستحسنوا في جواز شراء النعل بهذا الشرط؛ لفعل الناس [في] سائر الأعصار من غير نكير، [وزفر ذهب إلىٰ القياس][4].

١٢٠٣ـ فَصْـل: [اشتراط البائع كفيلاً بالثمن]

قال أبو الحسن: وإن اشترط البائع أن يُعطيه بالثمن كفيلاً أو رهناً، وكان الكفيل حاضراً فقبل، أو كان الرهنُ مُعيَّناً، فقبل المشتري ذلك، جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز البيعُ بشرط الضمان والرهن؛ لأنَّ هذا الشرط فيه منفعة للبائع لا يقتضيها العقد، فأفسد العقد، واستحسنوا في جوازه؛ لأنَّ الثمن الذي

(١) في أ (يقول)؛ والمثبت من ب.
(٢) في ب (بالعقد).
(٣) في أ (بقي) والمثبت من ب.
(٤) انظر: الأصل ٢/٤٤٠، ٤٤١.

به رهنٌ وضمين أوثق من الثمن[1] الذي لا رهن فيه ولا ضمين، فصار ذلك صفةً للثمن، وشرط صفات الثمن لا يُبطل العقد، [كشرط الجيد والرديء].

فإذا ثبت هذا، فقد قال محمد في الإملاء[2]: إذا شرط أن يكفل له كفيل بالثمن أو يحيله على غيره، ولم يبيِّن الكفيل ولا المحال عليه، فالبيع فاسد؛ لأنَّ تمام العقد يقف على قبول الكفيل والمحال عليه، ومن وقف العقد على قبوله لم يصح مع جهالته كالمُشتري[3].

قال: فإن كان الكفيل والمحال عليه غائبين عن المجلس فلم يحضرا حتَّى افترقا، لم يصحَّ البيع إلا بإيجاب مُستقبل؛ لأنَّ تمام العقد يقفُ على قبول الكفيل، فالافتراق يُبطل حق القبول كقبول المشتري، فإن حضر الكفيل والمحال عليه قبل أن يفترق المتبايعان، فقبلا في المجلس أو كانا حاضرين عند البيع فقبلا جاز؛ لأنَّ قبولهما يقف عليه العقد، وقد حصل في المجلس فهو كقبول المشتري.

قال: ولو شرط في البيع أن يُحيل البائع غريماً له على المشتري بالثمن، أو يضمن المشتري الثمن لغريم البائع، فالبيع فاسد؛ لأنَّه إنما جاز شرط الضمان إذا كان صفةً للثمن، وهذا الشرط ليس بصفة للثمن، والعقد لا يقتضيه، فأبطل العقد.

وأمَّا الرهن، فإن كان مجهولاً فالبيع فاسد؛ لأنَّ تمام العقد يقفُ على القبول

---

(١) في ب (الرهن).
(٢) في ب (الأصل).
(٣) انظر: الأصل ٢/٤٤١، ٤٤٢.

فيه ، ألا ترى أن المشتري لو قال: قبلتُ البيع بغير رهن لم يصحَّ البيع ، وما وقف تمام العقد على القبول فيه ، فجهالته تفسد العقد [كالمبيع] ، وليس هذا كما لو قال: على أن ترهنني بالثمن كُرّ حنطة جيدة ، أو مائة مثقال ذهب جيد ؛ لأنَّ هذه الجهالة [لو] شرطت في [المبيع][1] لم تفسده ، فكذلك الرهن.

وقد قالوا في البيع إذا شرط فيه رهناً مجهولاً فاتَّفقا على تعيين رهن في المجلس: جاز العقد ؛ لأنَّ الجهالة المؤثرة في العقد ارتفعت.

وكذلك لو قال المشتري: أنا أُعطي الثمن حالاً جاز البيع ؛ لأنَّ الرهن يُحتاجُ إليه للوثيقة بالثمن ، فإذا وفَّاه الثمن سقط حقُّ البائع.

١٢٠٤ - فَصْل: [اشتراط رهن معين في البيع]

وإن شرط رهناً معيَّنا [وقبل المشتري البيع على ذلك ، ثم] امتنع المشتري عن تسليم ذلك لم يجبر عليه عندنا ، وقال زفر: يُجبر على التسليم.

[وجه قولهم: أن الرهن لا يتعلق الاستحقاق بعقده ، فلا يجبر عليه كالرهن المنفرد]

وجهُ قول زفر: أن هذا الرهن صار من حقوق البيع ، فيجبر عليه كسائر حقوق البيع ، وليس هذا بصحيح ؛ لأنَّ الرهن عقد على حياله ، والعقود لا يكون بعضها من حقوق بعض.

وإذا ثبت هذا قال أصحابنا: يقال للمشتري: إما أن تدفع الرهن ، أو قيمته ، أو تدفع الثمن ، أو تفسخ البيع ، فإن امتنع من أحد هذه الوجوه لم يمكن من ذلك ؛

(١) في أ (البيع) والمثبت من ب.

لأن في دفع الرهن وفاء بالشرط، وفي دفع قيمته إيفاء حق البائع؛ لأن حقَّه في الرهن استيفاء [الثمن][1] من بدله، وهذا موجود في القيمة، وفي دفع الثمن ما يُغني عن التوثق به.

فإن لم يسلم للبائع أحد هذه الوجوه فهو لم يرض بالثمن المُطلق (فإذا لم يسلمه له)[2] كان له أن يفسخ.

١٢٠٥ - فَصْل: [إلحاق الشروط المفسدة بالعقد الصحيح]

وقد قال أبو حنيفة رحمه الله: إن الشروط المُفسدة للعقد إذا ألحقت بالعقد الصحيح لحقت وأفسدت، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تلحق.

وجهُ قول أبي حنيفة: إن العقد في ملكهما، فملكا إلحاقَ الشرط الفاسد به، كحال العقد؛ ولأنَّهما يملكان فعل ما يقع به فسخ العقد، بدلالة الإقالة، وليس في الشرط الفاسد أكثر من هذا.

وجهُ قولهما: أن الفساد ليس فيه حق لواحد منهما، والعقد قد صحَّ، فلم يكن لإثبات الشرط المفسد معنى[3].



(١) في ب (الدين) والمثبت من أ.

(٢) ساقطة من ب.

(٣) انظر: الأصل ٢/٤٤٠ وما بعدها.

بَابُ
تصرف المشتري في البيع الفاسد

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: لا يجوزُ تصرُّف المشتري في البيع الفاسد قبل القبض ببيع ولا هبة ولا صدقة ولا عتق، وكذلك إذا قبض بغير إذن البائع؛ وهذا لما قدمَّنا أن العقد الفاسد لا يملك المعقود عليه، فإذا تصرَّف في غير ملكه لم ينفذ تصرُّفه، فأمَّا إذا قبض بغير إذنه لم يجز تصرُّفه علىٰ الرواية التي تعتبر للإذن في القبض؛ لأن القبض بغير الإذن لا يملك به علىٰ هذه الرواية.

فأمَّا إذا قبضه بأمر البائع وهو ممَّا يُملك فيه؛ فإنَّه يكره للمشتري التصرُّف فيه بتمليك أو انتفاع؛ لأنَّ الفسخ يستحق فيه لحق الله تعالىٰ، والتصرُّف إسقاط حقِّ الله تعالىٰ من الفسخ؛ ولأنَّ التصرُّف تقرير للبيع الفاسِد، وتقريره لا يجوز لحق الله تعالىٰ.

فإن تصرَّف المشتري فيه، فتصرُّفه علىٰ وجهين: كل ما لا يفسخ بالأعذار فهو جائز، وقد سقط الفسخُ به، وهذا مثل العتق والتدبير والاستيلاد وإذا أخرجه من ملكه بما يفسخ بالأعذار، فإنَّه لا يسقط الفسخ، مثل الإجارة؛ وذلك لأنَّ المشتري تصرَّف فيما ملك، وحق البائع في الفسخ عُذر، فيما لا يُفسخ بالعذر ولا يُفسخ لأجل الفَساد، وأما الإجارة فإنَّها تُفسخ بالأعذار، وثبوت حق البائع في الفسخ عُذرٌ، فيفسخ الإجارة وينقض البيع الفاسد.

فإن كانت جَارية فزوّجها فإنَّ ذلك لا يمنع الفسخ، والنكاح بحاله لا

يُفسخ ؛ لأنَّ النكاح عقد على المنافع ، فلا يمنعُ الفسخ كالإجارة ، وهو ممَّا لا يُفسخ بالأعذار ، فبقي بحاله ؛ لأنَّ المشتري عقد وهي على ملكه .

وقد قالوا: لو أوصى بالعبد ومات سقط الفسخ ؛ لأنَّ المبيع انتقل من ملكه إلى ملك الموصى له ، وهو ملك مبتدأ ، فصار كالمشتري .

ولو ورث ذلك من المشتري لم يسقط الفسخ ؛ لأنَّ الوارث يقوم مقام المورث ، ويستحقُّ الشيء على حكم ملكه ، ولهذا ثبت له الفسخُ بالعيب ؛ فكذلك يفسخ عليه لأجل الفساد .

١٢٠٦ ـ فَصْل : [حق الفسخ في البيع الفاسد]

قال أبو الحسن: فإن كانت جارية فقطعت يدها ، وأخذ المشتري الأرش ، أو كانت جارية فولدت ، أو أرضاً فيها شجر أو نخل فأثمر ، فللبائع أن يفسخ ويأخذ الزيادة ، والأصل في ذلك: أن حقَّ الفسخ في البيع الفاسد يستقر في الأصل لحقِّ الله تعالى ، فيتعلَّق بالزوائد كما يتعلَّق بالولدِ ؛ لأنَّ الحقوق المستقرَّة في الأمَّهات تسري إلى الأولاد ، وليس كذلك البيع الصحيحُ ؛ لأنَّ المشتري ملكه ، وحقُّ الفسخِ ليس بمستقرٍّ فيه ، فحدثت الزيادة على ملكه ولا حق لأحدٍ فيها ، فلم يثبت فيها الفسخ ؛ ولأنَّ ضمان البيع الفاسد يتعلَّق بالقبض كضمان الغصبِ ، فإذا كان المغصوبُ منه يأخذ الزوائد كذلك البائع [في البيع الفاسد] .

١٢٠٧ ـ فَصْل : [الفسخ في عمل المشتري في البيع الفاسد]

قال أبو الحسن: وإن كانَ المبيعُ ثوباً فقطعه وخاطه ، أو ربطه وحشاه ، أو صبغه بعصفر أو زعفران ، أو كانت حنطة فزرعها ، أو نوىً فغرسها فنبتت ،

[أو قضبان كروم]، أو شجر فأطعمه، أو نبت، فليس له أن يأخذ شيئاً من ذلك، ولا ينقض البيع؛ وذلك لأنَّ هذه المعاني لو وُجدت من الغاصب في العين المغصوبة استحقَّها، فإذا وجُدت من المشتري في ملكه أولىٰ أن يسقط حق البائع.

وقد ذكر هشام، عن محمد: أن المشتري إذا صبغ الثوب، فالبائع بالخيار: إن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ضمَّنه قيمته أبيض.

قال: ولو قطعه وخاطه لم يكن للبائع عليه سبيل، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ الصبغ لا يملك به الغاصب، وإنما يثبت للمغصوب فيه الخيار، فكذلك يثبت له الخيار هاهنا، وأمَّا القطعُ والخياطة فيسقط بها حقُّ المغصوب منه، فكذلك يسقط حقُّ البائع.

وما ذكره أبو الحسن في الصبغ [با]لعُصفر والزعفران، إما أن يحمل علىٰ تفصيل هشام، ويكون ما ذكره أبو الحسن في ثبوت حقِّ التضمين للبائع، أو يجعل رواية أخرىٰ.

ووجهها أن سقوط الفسخ في البيع الفاسد لا يُعتبر فيه ما يُعتبر في سقوط حقِّ الملكِ في الغصب، ألا ترىٰ أن البيعَ والرهن يسقط بهما الفسخ، ولا يسقط بهما حقُّ المغصوب منه، فكذلك الصبغ مثله.

١٢٠٨ـ فَصْل: [الفسخ في زوال ملك المشتري في البيع الفاسد]

وقد قالوا في البيع الفاسدِ: إذا زال ملكُ المشتري عنه سقط الفسخ، وإن عادَ إليه علىٰ حكم الملك الأوَّل عاد الفسخ؛ لأنَّه عاد علىٰ حكم الملك الأوَّل فعاد بحقوقه.




فإن عاد بحكم ملكٍ مبتدأٍ لم يثبت الفسخ ؛ لأنَّ اختلافَ الملكين كاختلاف العينين.

١٢٠٩ـ فَصْل: [الفسخ في بناء المشتري في الأرض المبيع بيعاً فاسداً]

قال أبو الحسن: فإن كانَ المبيعُ أرضاً فبنىٰ فيها المشتري، فهذا استهلاكٌ عند أبي حنيفة، وليس للبائع نقض البيع، وقال أبو يوسف ومحمد: للبائع نقضُ البيع، وقال [معلىٰ][1] رَجع أبو يوسف إلىٰ قول أبي حنيفة، وقال بشر عن أبي يوسف: إذا غرسَ في الأرض نخلاً قد أطعم قبل غرسه أنَّه لا يكون [استهلاكاً][2]، قال أبو الحسن: وقياسُ قوله في البناء أن يكون النخل مثله.

وجه قول أبي حنيفة: أن البناء تصرُّفٌ من المشتري لا يفسخ بالأعذار، في إزالته ضرر فيسقط الفسخ كالبيع.

ولأنَّ الضرر الذي يلحقُه بنقض البناء أكثر من الضرر الذي يلحقه بنقض البيع، فإذا لم ينقض بيعه ؛ فلأن لا ينقض بناءه أولىٰ.

وجه قولهما: أنَّ الأرض لا تصير مستهلكةً بالبناء، ولهذا لا يسقط حقّ المغصوب منه عنها، وإذا لم تكن مستهلكة لم يسقط الفسخ.

وهذا ليس بشيءٍ[3] لما بيَّنَّا أن الفسخ يَسقط بما لا يسقط به حقُّ المغصوب، بدلالة البيع أو الرَّهن.

---

(١) الزيادة من ب.
(٢) في أ (استلاكًا) والمثبت من ب.
(٣) في ب (بصحيح).

١٢١٠ ـ فَصْـل: [الضمان في القبض بالبيع الفاسد]

قال أبو الحسن: وعلىٰ المشتري القيمة يوم قبض.

قال الشيخ رحمه الله: وجُملةُ هذا أن البيعَ الفاسد لو أقبض ضُمن بقيمته إن كان ممَّا لا مثل له، وبمثله إن كان ممَّا له مثل، إلا في مسألة واحدة استحسن أبو حنيفة فيها: وهي إذا اشترىٰ عبداً بشرط العتق فأعتقه لزمه المُسمَّىٰ استحساناً، وإنَّما قلنا إن المبيع الفاسد يُضمن بقيمته؛ لأنَّ ضمان المبيع [الفاسد] ضمان الشيء بنفسه، وذلك الضمانُ: المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له، بدلالة أن من باع عبداً بجارية فسلَّم العبد، ولم يقبض الجارية حتَّىٰ هلكت، وقد أعتق المشتري العبدَ، فإن بائعه يرجع بقيمتِه ولو كان البيع يقتضي الضمان بالبدل لرجع بقيمةِ الجارية، وإذا كان هذا مُوجب البيع، فإنَّما ينتقل عنه إلىٰ ضمان التسمية إذا صحَّت التسمية، فإذا فسدت بفسادِ العقد رجعنا إلىٰ مقتضىٰ العقد من الضمان.

وعلىٰ هذا قالوا: إن النكاح يوجبُ مهر المثل، وينتقل عن ذلك إلىٰ المسمَّىٰ بصحَّة التسمية، فإذا بطلت رجع إلىٰ مقتضىٰ العقد من مَهر المثل.

وإنما لم تثبت التسمية في العقدِ الفاسد لقوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليِّها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها مهرُ مثلها»(١).



(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢) وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (١٨٧٩)؛ وابن حبان في صحيحه ٩/٣٨٤؛ وأحمد في المسند ٦/٤٧؛ انظر: الدراية ٢/٦٠؛ التلخيص الحبير، ٣/١٥٦.

١٢١١ ـ فَصْل: [المرجع في القيمة من العاقدين]

وقد قالوا: إن المرجعَ في القيمة إلى قول المشتري؛ لأنَّه هو الذي يلزمه الضمان، فالقول قوله في قدره، والبيِّنة بيِّنة البائع؛ لأنَّها تثبت الزيادة ضمان في الضمان.

مَسْألة: [وقد] قال أصحابنا: إذا باع عبداً بشرط العتق، فالبيع فاسد، وذكر ابن شجاع عنهم: أنَّه إذا وَفَّى بالشرط صحَّ البيعُ كمن أسلم ديناً له في ذِمَّة رجل ثم نقده في المجلس. وروى الحسن، عن أبي حنيفة: أن البيع جائز؛ لأنَّ الناسَ هكذا يشترون التسمية، فأجاز البيعَ لفعل الناس، وقال الشافعي: البيع جائز.

وجْهُ قولهم: المشهور (نهيه ﷺ عن بَيع وَشرط)؛ ولأنَّه شرط منفعة للمعقود عليه لا يقتضيها العقد، فصار كما لو باع جاريةً بشرط أن يُكاتبها، أو يُدبِّرها؛ ولأنَّه بيع لا يوجب العتق، فإذا شرط فيه العتق أفسدَه كالموقوف، ولا يلزم إذا [ابتاع][1] ذا رحم منه بشرط العتق لأنَّا لا نعرف الرواية فيه، وقد احترزنا عنه؛ لأنَّ ذلك العقد لا يوجبُ العتق.

١٢١٢ ـ فَصْل: [المسمى في الإعتاق بعد القبض]

قال أبو حنيفة: إذا قبضهُ فأعتقه، وجب عليه المُسمَّى استحساناً، وروى ابن أبي مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أن عليه القيمة، وهو القياسُ، وقول أبي يوسف ومحمد.

وجه القياس: أنَّه بيع فاسد، كالبيع بشرطِ التدبير.

---

(١) في أ (باعه) والمثبت من ب.

وجه الاستحسان: أنَّه سمَّىٰ مالاً في مقابلته شرط العتق، فصار كمن قال أعتق عبدك علىٰ ألف عني، يبيّن ذلك أنَّه إذا قال: أعتق عبدك عنَّي علىٰ ألف [درهم]، فتقديره ملِّكْنِيه ثم أعتقه عِني، فإذا لزم المسمَّىٰ في الموضع الذي لم يصرِّح بالتمليك إذا كان هو المراد، فكذلك في الموضع الذي صرَّح به.

وقد روىٰ ابن شجاع عن أبي حنيفة: أن المشتري لو أعتقه قبل القبض جاز، فدلَّ علىٰ أنَّه جعله عتقاً علىٰ مال؛ فلذلك أوجبَ فيه المسمَّىٰ.

١٢١٣ ـ فَصْل: [فسخ البيع الفاسد قبل القبض]

قال أبو الحسن: وأيُّهما فسخ البيع قبل قبضه ففسخه جائز علىٰ صاحبه، إذا كان بمحضر منه.

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: وجملةُ هذا أن البيع الفاسد ما لم يتَّصل بالقبض فلكلِّ واحد منهما فسخهُ بغير رضا الآخر؛ لأنَّه عقد لم يتم، فصار كالإيجاب بلا قبول.

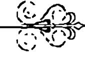
وتعيّن[1] حضور الآخر؛ لأنَّ أحد المتعاقدين لا يملك فسخ العقد علىٰ الآخر [إلا][2] بمشهدٍ منه علىٰ أصلنا في بيع الخيار.

فأمَّا إذا قبض المُشتري المبيعَ، فكل بيع لا يجوز أن يصح [باستئناف][3] عقد، مثل البيع بالخمر والخنزير، فلكلِّ واحد منهما الفسخ بغير رضا الآخر،

(١) في ب (ويعتبر).

(٢) الزيادة يدل عليها السياق.

(٣) في أ (إلا باستئناف) والمثبت من ب.

إذا كان بحضرته، وهذا قولهم؛ لأنَّ العقد ثبت فيه حقُّ الفسخ لا لفوات جزء، فصار كالبيع المشروط فيه الخيار.

وأمَّا إذا كانَ الفسادُ بشرط ملحق فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لكل واحد من المتعاقدين الفسخُ، وقال محمد: إن فسخ الذي له منفعة في الشرط انفسخ، وإن فسخه الآخر لم ينفسخ، وهذا مثل الشراء بأجل مجهول، فيجوز عندهما الفسخ لمن شرط له الأجل، وكذلك الخيار الفاسد [وعندهما لكل واحد فسخه].

وجهُ قولهما: أن الشرط يفسدُ العقد من جنسه وإن كان في أحدهما، فملك كل واحدٍ منهما الفسخ كالآخر؛ [ولأن] لكل واحد منهما المطالبة بالفسخ، فصار كالبيع بالخمر.

وجه قول محمد: أن الذي شرط له الأجل يقدر على تصحيح العقد من غير رضا الآخر، إذا أسقط الأجل، فإذا فسخ [جاز]، والآخر أسقط حقاً ثبت له بالعقد فلا يجوز.

١٢١٤ ـ فَصْل: [ظهور عيب في المبيع في يد المشتري]

فإن دخل في المبيع عيب في يد المشتري، فللبائع أخذه، وأخذ أرشه من المشتري؛ لأنَّ ضمانه يتعلَّق بالقبض كالغصب، ولهذا يَستحقُّ البائع الزوائد مِنَ الولد، والأرش، والثمرة.

وقد قالوا: إن المُشتري لو آجر العبد سلمت الأجرة له؛ لأنَّها صارت مالاً بعقده.

وإن كان ذلك قبل الضمان تصدَّق بها؛ لأنَّه مال حصل من وجهٍ محظور لم

يؤدِّ بدله، وإن كان بعد الضمان طاب له؛ [لأنه أدَّىٰ بدله، فصار له].

١٢١٥ ـ فَصْل: [ظهور العيب في الجارية المبيعة]

قال أبو الحسن: وإن كانت جارية فولدت أخذها وأخذ الولد، فإن كانت الولادة نقصتها نظر في قيمة الولد، فإن كان فيه وفاء بالنقصان فلا شيء علىٰ المشتري، وإن لم يكن فيه [وفاء] غرم تمامَ النقصان.

وهذه مسألة المغصوبة إذا ولدت يجبر نقصان ولادتها بولدها استحساناً، وقال زفر: لا يجبر، وهو القياس.

وجهُ القياس: أن النقصان حَصل في ماله، والولد حَدث علىٰ حقِّه، فلا يجبر ذلك به، كما لا يجبر بسائر أمواله، وإنما استحسنوا لأن الولادة سبب[1] في النقصان وفي حصول الزيادة، فصارَ كالقطع الذي يجبر بالأرش، وهذه المسألة تستوفىٰ في الغصب.



(١) في ب (تؤثر).

بَابُ
فساد البيع من جهة الأجل



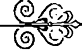
قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا كان المبيعُ معلوماً معيناً فشرط فيه أجلاً، فالبيع فاسد معلوماً كان الأجل أو مجهولاً، وإنما قلنا إن التأجيل في الأعيان لا يصحُّ؛ لأنَّه إنما شرط لنفي التسليم المُوجب بالعقد، ألا ترىٰ أن العين موجودة في الحالين علىٰ صفة واحدة، لا منفعة للبائع في تأخير تسليمها، ونفي موجب العقد لا يصحُّ، وليس كذلك الديون؛ لأنَّ شرط الأجل فيها الفائدة، وهو اتِّساعُ المدَّة التي يمكن المُشتري من تحصيل الثمن فيها، فلذلك جَاز؛ [وليس كذلك المسلم فيه] ولأنَّ في السلم من شرط المسلم فيه التأجيل، ولو تعيَّن المسلم فيه سقط الأجل، والعقد الذي ليس من شرطه التأجيل أولىٰ أن لا يثبت فيه الأجل مع التعيين.

١٢١٦ـ **فَصْل: [الأجل فيما إذا كان الثمن ديناً]**

قال أبو الحسن: وإن كان الثمن ديناً فالأجل المعلوم فيه جائز، والمجهول لا يجوز، وذلك لقوله ﷺ: «**من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلىٰ أجل معلوم**»(١)؛ ولأنَّ جهالة الأجل توجب جهالة القبض، فلذلك لم يصح.

قال: والأجل المجهول أن يبيع إلىٰ الحصادِ أو الدِّياس؛ لأنَّ ذلك يتقدم ويتأخر بالحر والبرد، وباختيار الناس؛ ولهذا قالوا: لا يصح التأجيل إلىٰ قدوم

(١) الحديث أخرجه البخاري بلفظ (من أسلف) (٢١٢٥)؛ ومسلم: (من أسلف من تمر) (١٦٠٤).

الحجيج؛ لأنَّه يتعلَّق فاختيارهم يتقدّم ويتأخّر.

وعلىٰ هذا قال أصحابنا: لا يجوز البيع إلىٰ العَطَاء؛ لأنَّ السلطان يقدمه ويؤخّره.

قال: وكذلك إلىٰ النيروز والمهرجان، وهذا علىٰ وجهين: إن عَرفَ المتعاقدان وقت النيروز والمهرجان؛ جاز العقد؛ لأنَّ المعتبر علمهما، وإن جهلاه أو أحدهما لم يجز.

قال: وكذلك صوم النصارىٰ وفطرهم؛ وذلك لأنَّ النصارىٰ يقدِّمون صومهم ويؤخّرونه، ويعتبرون بذلك أن يشتمل علىٰ آحاد معدودة، فصار مجهولاً.

ولهذا قالوا: إذا دخلوا في الصوم فأجّل إلىٰ فطرهم جاز؛ لأنَّ ابتداء الصوم قد عُرِفَ ومدته معلومة، والأجل المعلوم يصح.

قال أبو الحسن: وإذا باع علىٰ أن يُوفِّيه الثمن بالبصرة، أو بمكة، فالبيع فاسد عند محمد وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف.

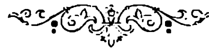
قال [الشيخ رحمه الله تعالىٰ]: وجملة هذا: أنَّه إذا شرط في الثمن أجلاً معلوماً، وشرط أن يُوفِّيه إياه بالبصرة، فالبيع جائز في قولهم، فإذا حلَّ الأجل، فإن كان الثمن مما لا حمل له ولا مؤنة طالبه به حيثُ أراد، وإن كان مما له حمل ومؤنة لم يكن له مطالبته إلا بالبصرة؛ وذلك لأنَّ الثمن إذا كان مؤجَّلاً فشرط التسليم بالبصرة لا يذكر علىٰ وجه التأجيل، وإنما يذكر لتخصيص القبض بمكان، فلا يفسد العقد، فإذا حلّ الثمن كان له المطالبة بما لا حمل له أين شاء؛

لأنَّه لا يختلف باختلاف الأماكن، وما له حمل ومؤنة لا يطالبه إلا بالبصرة؛ لأنَّه يختلف باختلاف الأماكن، فلم يكن له المطالبة به بخلاف استحقاقه.

وأمَّا إذا لم يذكر للثمن أجلاً؛ قال محمد وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف: البيعُ فاسد، وروىٰ بر، عن أبي يوسف: أن القياسَ أنْ يجوز العقدُ، غير أنَّي أستَحسنُ فيمَا له حمل ومؤنة أَنْ أُفْسِدَ العقد.

وجهُ قول محمد: أن الثمن إذا شرط تسليمه في بلد، كان ذلك مَشروطاً علىٰ وَجهِ التأجيل، وهو أجل مجهول؛ لأنَّه يتقدَّم ويتأخَّر، فلا يصحُّ.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّ القياس يقتضي جَوازه؛ لأنَّه تخصيص للقبض بمكان دون مكان؛ إلا أنَّهُ استحسن فيما له حمل ومؤنة؛ لأنَّ تسليمه لا يَجبُ في غير ذلك المكان، فيصيرُ في معنىٰ الأجل، فلا يصحُّ، وليس كذلك ما لا حمل [ولا مؤنة]؛ لأنَّ له أن يُطالبه به حيث شاء، فيلغو الشرط، فكأنَّه أطلق العقد(١).
والله ﷻ أعلم بالصواب.



(١) انظر: الأصل ٢/٤٥٣ وما بعدها.

بَابُ
العقد يقع على شيء فيصادف على خلافه
ما يفسد منه وما لا يفسد



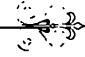
قال الشيخ رحمه الله: وجملة هذا أنَّ العقد إذا وقع على جنس فوجدَ المبيعَ من جنس آخر، فالبيع باطل، مثل أن يبيع ثوباً على أنَّه هَروي، فإذا هو مَروي، أو فصّاً على أنَّه ياقوت، فوجده زجاجاً، فالبيعُ باطل؛ لأنَّ المعقودَ عليه عُدم، وعَدمُ المعقود عليه يُبطل البيعَ، وإن عقد [البيع] على جنس فوجدَ المبيعَ من جنس ما سمَّى إلا أنَّه يخالفُه في الصفة، فهو على وجهين: إن كان [يتفاوت] تفاوتاً كثيراً، يتفاوت فيه الأغراض، فالبيع باطل، مثل: أن يبيع شخصاً على أنَّه جارية، فإذا هو عبد[1]، وقال زفر: البيع جَائزٌ.

وجهُ قولهم: أن الأغراض تتفاوت بين الغلام والجارية، كتفاوت الأجناس، ألا ترى أن الجارية تصلح للاستمتاع، والغلام للخدمة، واختلاف الأغراض يصيرُ كاختلاف الأجناسِ.

وَجهُ قول زفر: أنَّهما من جنسٍ واحدٍ، وإنما اختلف صفتُهما، فصارَ كمن باعَ شاةً على أنَّها نعجة، فكانت كبشاً.

والفصل الثاني: إذا وجده من الجنس الذي سمّاه إلا أنَّه يخالف في الصفة

(١) في ب (غلام).

اختلافاً لا يتفاوت[1] فيه الأغراض، مثل أن يبيع شاةً علىٰ أنَّها نعجة، فإذا هي كبش.

قال هشام [عن][2] محمد: سألت أبا حنيفة عمن باع حماراً علىٰ أنَّه أتان فإذا هو ذكر، أو فرساً علىٰ أنَّه رَمكة فإذا هو فحل، أو شاة علىٰ أنَّها نعجة، فإذا هي كبش[3]، فالمشتري في ذلك بالخيار؛ لأنَّ الجنسَ موجود، واختلاف الصفة اختلافٌ يسير لا يتفاوت[4] فيه الأغراض، ألا ترىٰ أن المقصود في الشاة اللحم، فصار اختلاف الصفة كاختلاف الصحيح والمعيب، وللمشتري الخيار؛ لأنَّ المبيعَ وجدَ علىٰ خلاف الصفة التي شرطها، وله في الصفة غرض، فإذا فاته ثبت له الخيار [كما لو وجد به عيبًا].

قال أبو الحسن: إن كانت الصفة أزيد فهي للمشتري، وهذا مثل أن يبيع ثوباً علىٰ أنَّه عشرة أذرع، فإن وجده ناقصاً فله الخيار، وإن وجده زائداً فهو له ولا خيار له، وكذلك إذا اشترىٰ إناء فضَّة علىٰ أنَّ وزنه مائة، وقد اشتراه بغير [الفضة]، فإن نقص فله الخيار، وإن زاد فله الزيادة؛ لأنَّ الذرع في المذروعات والوزن فيما في تبعيضه [ضرر][5] ليس بمعقودٍ عليه، وإنما هو صفة، بدلالة أن إفراده بالعقد لا يجوز[6]، ونقصان الصفة يثبت الخيار، وزيادتها للمشتري، كمن

---

(١) في ب (تتقارب).

(٢) في أ (ومحمد) والمثبت من ب.

(٣) في أ (فحل).

(٤) في ب (تتقارب).

(٥) في أ (غرر) والمثبت من ب.

(٦) في ب (لا يصح).

باع عبداً علىٰ أنَّه معيب ، فإذا هو صحيح .

وكذلك لو اشترىٰ جارية علىٰ أنَّها بكر فكانت ثيِّباً ، فله الخيار ؛ لأنَّ البكارة جزء مشروط ، ففواته تثبت الخيار ، ولو اشتراها علىٰ أنَّها ثيِّبٌ فوجدها بكراً فهي له ، ولا خيار للبائع ؛ لأنَّها زيادة صفة ، والبائع[1] عقد علىٰ العين ، وإنما شرط النقصَ تحرُّزاً عن العيب ، فلا يقتضي وجود العيب .

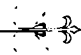
قال أبو الحسن: إلا أن يكون باع فضَّة بفضَّة ، أو ذهباً بذهب ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل ، وهذا مثل أن يبيع نقده علىٰ أنَّها مائة بمائة ، فإن زادت فالزيادة للبائع ؛ لأنَّ الوزن فيما ليس في تبعيضه مضرة معقود عليه ، فلم يستحقّ المشتري أكثر من الوزن الذي سمَّىٰ ، وما في تبعيضه ضرر فإنما لا يجوز إذا زاد لمعنىٰ آخر: وهو أن الزيادة فيه رباً ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل .

١٢١٧ ـ **فَصْل:** [وقوع بيع الثوب علىٰ صفة ووجد اللُّحْمَةَ علىٰ الشرط]

وقد قال أصحابنا فيمن قال: أبيعُك هذا الثوب القزَّ أو الخزَّ ، فكان ملحماً ، فإن كان السَّدْي من القز واللُّحْمَة من غير القز فالبيع فاسد ؛ لأنَّ الثوب يُنسب إلىٰ اللحمة ، وإن كان السَّدْي من غير القزِّ واللحمة من القز فالبيع جائز ؛ لأنَّ الجنس لم يختلف ؛ إذ الثوب منسوبٌ إلىٰ لحمته ، وللمشتري الخيار ؛ لأنَّ المبيع وقع علىٰ ثوب كله قز [أو خزٌّ] ، وأما الخز فإن كان لحمته من غير [الخز فالبيع باطل لما ذكرنا ، وإن كان لحمته الخزّ والسدي من غيره] فالبيع جائز ، وينبغي أن لا يثبت الخيار ؛ لأن الخز لا يوجد إلا علىٰ هذه الصفة .

---

(١) في ب (والبيع) .

وقالوا: إن قال: بعتك هذه الجُبَّة الإبريسم على أن بطانتها خز وحشوها قزّ، فإن وجدَ الظهارة كما شرط والبطانة والحشو بغير ما شرط، فالبيع جائز وللمشتري الخيار؛ لأنَّ الجُبَّة تنسب إلى الظهارة، وما سواها صفة، فاختلافه لا يُفسد البيع، ويُثبت الخيار.

وإن كانت الظهارة من غير ما شرط، والبطانة مما شرط، فالبيع باطل لما قدَّمنا أن الجبَّة تُنسب إلى ظهارتها، فإذا كانت من جنس آخر بطل البيع.

١٢١٨ ـ فَصْـل: [بيع الثوب على أنه أبيض فوجده مصبوغاً]

قال ابن رستم عن محمد: إذا قال: بعتك[1] هذا الثوب على أنَّه أبيض، فوجده مصبوغاً بعُصفر، أو داراً على أنَّه لا بناء فيها فإذا فيها بناء، أو أرضاً على أنَّها بيضاء فإذا فيها نخل، فالبيع فاسد؛ وذلك لأنَّ الصبغ والبناء، والنخل لم تدخل في العقد، و[في] تسليم المعقود عليه دونه فيه ضرر، وقد بيَّنَّا [أن] بيع ما يلحق بتسليمه ضرر لا يصح.

وقد ذكر محمد في كتاب الشفعة: في بناء بين شريكين والأرض لغيرهما، باع أحدُهما نصيبه من البناء لغير شريكه، فالبيع فاسد[2]؛ لأنَّه لا يمكن تسليمه إلا بنقض البناء، وفي ذلك ضرر.

١٢١٩ ـ فَصْـل: [اختلاف الصفة التي تتفاوت فيها كثيراً]

وروى ابن سماعة، عن محمد: فيمن باع داراً على أن بناءها آجُرٌّ، فإذا هو

(١) في ب (أبيعك).
(٢) في ب (لم يجز).

لَبِنٌ ، فالبيع فاسد ، وهذا على ما بيَّنَّا أن اختلاف الصفات إذا كانت الأغراض تتفاوت فيها تفاوتاً كثيراً لم يصح البيع .

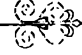
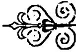
قالوا: ولو باعه الدار على أنَّ فيها بناء ، إذا لا بناء فيها ، أو قال: [بعتكها] بسفلها وعلوها [فلم يكن فيها علو] ، أو قال: بعتكها بأجذاعها وأبوابها ، فلم يكن ذلك فيها ، فهو بالخيار: إن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ؛ لأنَّ البناء صفة في الدار ، ولهذا يدخل في العقد من غير تسمية ، ونقصان الصفة لا يفسد به العقد ، وإنما يثبت [له] الخيار .

قال: ولو وُجِدَ فيها بابان أو جذعان ، فلا خيار له ؛ ولأن اسم الجمع يتناول الاثنين ، والمُستحقُّ بالعقد أدْنى ما يتناوله الاسم .

قال: ولو قال: بعتكها بما فيها من الجذوع والخشب والأبواب والنخل ، فلم يجد فيها شيئاً من ذلك ، فلا خيار له ؛ وذلك لأنَّه لم يشرط الجذوع في البيع ، ولا جعلها صفةً للدار ، وإنما أخبر أنها فيها [أجذاعًا] ، وعدم ما ليس بصفة للمبيع لا يثبت الخيار ، وفي المسألة الأولى قال بعتكها بأجذاعها ، فجعل الأجذاع صفة لها .

[قال]: ولو اشترى ثوباً على أنَّه مصبوغ بعُصْفُر ، فإذا هو مصبوغ بزعفران ، فالبيع فاسد ؛ لأنَّ الألوان تختلف بها الأغراض اختلافاً كثيراً ، فصارت كالأجناس .

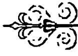
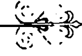
قال: وإذا باع حنطة في جوالق ، فإذا هي دقيق ، أو قال: دقيقاً ، فكان خبزاً ، فالبيع فاسد ؛ لأنَّ الدقيق والحنطة في حكم جنسين ، ولهذا إذا طحن الغاصبُ الحنطة ملكها .

قال عمرو عن محمد: إذا باعَ شاة علىٰ أنها ميتة بعشرة، فكانت ذكيَّة، فالبيع جائز في قولهم جميعاً، وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي حنيفة؛ لأنَّه يعتبر الإشارة دون التسمية، والإشارة هاهنا وقعت علىٰ ما يجوز العقد عليه، وأما أبو يوسف فيعتبر الصحيح من الإشارة أو التسمية، فتعلق العقدُ بالصحيح منهما، ومحمد يقول: إذا كان المُشار إليه من جنس المُسمَّىٰ تعلق العقد بالمشار إليه دون التسمية، فصحَّت هذه المسألة علىٰ أصولهم[1].



(١) انظر: الأصل، ٢/٤٣٢ وما بعدها.

بَابُ
ما هو في حكم الشرط في الفساد
مما يجوز برضا أحد المتبايعين ويفسد إذا لم يرض



قال أبو الحسن: وإذا باع عبداً آبقاً أو مرهوناً أو مؤاجراً، أو جذعاً في سقف، أو ذراعاً من ثوب من طرفٍ معلومٍ، أو ذراعاً من خشبة من موضع بعينه، أو حلية سَيف لا تتخلص [إلا][1] بضرر، أو باع نصف زرع لم يَستحصد، أو كان ذلك بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من غير شريكه، فالبيع فاسد، إلا أن يرضىٰ المشتري في الآبق والمرهون والمؤاجر أن ينتظر حتىٰ يمكن تسليمه، فإن رضي بذلك لم يفسخ العقد بينهما وإلا فسخ[2]. أما الإجارة والرهن فقد قدمنا الكلام في بيعهما، واختلاف الألفاظ فيه.

وأمَّا ثبوت حق الفسخ للمشتري إذا لم يعلم أن ما اشتراه رهنٌ أو مؤاجر؛ فإن إطلاق العقد يقتضي التسليم في الحال، فإذا كان المبيع لا يقدر علىٰ تسليمه في الحال صار ذلك عيباً، فإن رضي [به] جَاز، وإن طالب بالفسخ، فُسخ.

وإن طالب المستأجر والمرتهن بالفسخ، فلا حقَّ في ذلك للمُستأجر إذا رضي المشتري أن ينتظر مضيَّ الإجارة؛ لأنَّه لا حقَّ له في الرقبة، وإنما حقُّه في المنافع، والعقد وقعَ علىٰ ما لم يتعلَّق حقُّه فيه، فلا منازعة له فيه.

---

(١) في أ (إلىٰ) والمثبت من ب.

(٢) في ب (ما لم يفسخ).

فأمَّا المرتهن فيجوز أن يقال له [في] المطالبة بفسخ [البيع][1]؛ لأنَّ الرهن عقد على الرقبة، فللمرتهن أن يمنع من العقد عليها؛ ولأنَّ حقَّه في الاستيفاء من ثمن الرهن عند الفَلسِ، فإذا صحَّ البيعُ في الرقبة تعذَّر عليه البيع عند الفَلسِ؛ فلذلك كان له حقُّ الفسخ، ولم يبين أبو الحسن هذه المسألة.

فأمَّا الآبق فظاهر الرواية: أن بيعه فاسد؛ لأنَّ البائع لا يقدرُ على تسليمه عقيب العقد؛ لعدم ثبوت يده [عليه]، فهو كالطير في الهواء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن البيع جائز، وقال أصحابنا: معناه إذا أحضره البائع فسلَّمه بحكم ذلك العقد جاز، وظاهر ما قاله أبو الحسن: يقتضي أن البيع موقوف [فيه]، وأن للمشتري الخيار.

ووجهه: أنه عقد على ملكه، والتسليم منه منتظر، فصار كبيع الرهن، وأمَّا الجذعُ في السقف والذراع من الثوب أو الخشبة؛ فلأن التسليم لا يمكن إلا بضرر لم يستحق البائع، وهو القطع والقلع، وذلك يُفسد البيع، وكذلك إذا باع نصف زرع لم يُدرك؛ لأنَّه لا يمكن تسليمه إلا بقلع جميعه، ليقسم له النصف، وفي ذلك ضرر.

قال أبو الحسن: فإن رضيَ البائعُ أن يقلعَ الجذعَ أو يقطع الذراع من الثوب أو يقطع الخشبة، أو يقلع الحِلْية من السيف، أو يحصد الزرع إذا كان كله له، فللمشتري أن يفسخ قبل قلعه وقطعه، فإذا قطع أو قلع فلا خيار له؛ وذلك لأنَّه ما لم يقلع[2] فالبيع فاسد، ولكل واحد من المتعاقدين في البيع الفاسد فسخ

(١) في أ (المبيع) والمثبت من ب.

(٢) في ب (يقطع).

العقد، فإذا قلع البائع فقد ألزم الضرر وزال المعنىٰ المفسد، فصحَّ العقد، وصِحَّة العقد تسقط خيار المشتري.

١٢٢٠ - فَصْل: [بيع ما يتفاوت بين آحادها تفاوتًا كثيرًا]

قال أبو الحسن: وإذا اشترىٰ بطيخاً أو رُمَّاناً أو قِثَّاء أو أشياء يختلف فيه الصغير والكبير، وهو متفاوت عدد كذا وكذا بدرهم ولم يُعيَّن ذلك، والجملة أكثر مما سمَّىٰ، فإن ذلك لا يجوز؛ وذلك لأنَّ المعقودَ عليه مجهول، ألا ترىٰ أنَّ هذه المعدودات فيها الصغير والكبير، والتفاوت يقع بين آحادها تفاوتاً كثيراً؛ فلذلك لم يجز العقد.

قال: فإن عزل ذلك العدد من جملة المبيع، وتراضيا بعد ذلك، فهو جائز، وإنما وقع البيع علىٰ هذا المعزول حين تراضيا؛ وذلك إذا تميَّز المعقود عليه صار ذلك معلوماً، إلا أنَّ كل واحد من المتعاقدين له أن يمتنع؛ لأنَّه استفاد صفةً بالمعقود عليه لم يعلمها، [فيثبت له الخيار]، فإذا تراضيا جاز ذلك.

وقد كان أصحابنا يقولون: إذا ميَّز ذلك فسلَّمه البائع إليه ملكه بحكم العقد الأوَّل، وهذا يقتضي أن يكونَ العقد انعقد ابتداءً، وثبت لهما الخيار للجهالة، فإذا تراضيا جاز العقد المتقدم، قالوا: والدليل علىٰ هذا أَنَّهُ لا يحتاج إلىٰ استئناف عقد آخر، ولو كان العقد الأوَّل باطلاً لم يجز إلَّا باستئناف [عقد][1].

وظاهرُ ما قال أبو الحسن يقتضي أن العقد الأوَّل باطل، وأنَّه يجعل التراضي عقداً مبتدأً ولا يحتاج إلىٰ استئناف لفظ العقد، كما هو في بيع المعاطاة.

---

(١) العبارة هنا في أ مضطربة: (لم يجز إلا بجعل التراضي عقدًا ولا يحتاج إلىٰ..)، ولعل هذه العبارة تداخلت هنا بينما موضعها في السطر الآتي كما في ب.

١٢٢١ ـ فَصْل: [بيع ما يختلف باختلاف المواضع]

قال أبو الحسن: وكذلك إن اشترىٰ من هذه اللحم ثلاثة أرطال بدرهم، فإنَّه لا يجوز، فإن عزله ورضيه وأخذه جَاز؛ وذلك [لأن] اللحم يختلفُ باختلاف مواضع الشاة؛ لاختلاف العظام، فإذا لم يسم موضعاً مَعلوماً منها لم يجز في قولهم.

فإذا عزل البائع اللحم ورضيَ به المشتري جَاز علىٰ ما قدَّمنا.

١٢٢٢ ـ فَصْل: [بيع ما فيه جهالة المبيع والثمن]

وإن اشترىٰ منه اللحم كلَّه كل ثلاثة أرطال بدرهم جاز، ولا خيار له في قول أبي يوسف ومحمد، أما علىٰ أصل أبي حنيفة: فإذا لم يسمِّ جملة الوزن لم يجز البيع؛ لجهالة جملة المبيع والثمن، ولا يصحُّ في ثلاثة أرطال لتفاوت الأرطال، وليس هذا عنده كمن باع صبرة كل قفيز بدرهم، إن العقد يصحُّ في قفيز واحد؛ لأنَّ ذلك غير متفاوت فيها، فأمَّا علىٰ قولهما فالعقد [صحيح في الجملة]؛ لأنَّ الجهالة ترتفع في الثاني بفعل أحد المتعاقدين، فلم يمنع ذلك من صِحَّة العقد.

١٢٢٣ ـ فَصْل: [بيع ما فيه جهالة خفيفة]

قال ابن سماعة عن محمد: إن قال: زِنْ لي من هذا الجنب ثلاثة أرطال بدرهم، أو من هذا الفخذ، فوزن له منه جَاز ولا خيار له؛ وذلك لأنَّ من أصله: أن العقد يجوز علىٰ اللحم، إذا سمَّىٰ مكاناً من الشاة بعينه؛ لقلَّة الجهالة فيه، فصَار ذلك عنده كبيع قفيز من صُبرةٍ.

قال: وكذلك إن اشترىٰ ثوباً من جراب بدراهم مسمَّاة، كان فاسداً؛ لأنَّ الثياب تختلف، فالمعقود عليه منها مجهول.

فإن أعطاه ثوباً فرضيه، جاز استحساناً، وهذا علىٰ ما قدَّمنا من البطيخ إذا ميَّزهُ.

١٢٢٤ـ فَصْل: [بيع شيءٍ بربح دَهْ يازْدَهْ، أو دَه دَوَا زْدَهْ]

قال أبو الحسن: وإذا باع شيئاً بربح (دَه يَازْدَهْ، أَوْ دَه دَوَا زْدَه)[١] ولم يعلم بما اشترىٰ به ذلك الشيء، فإنَّ البيع جائز، وله الخيار إذا علم بالشراء، فإن لم يعلم حتَّىٰ هلك ذلك الشيء، فالبيع فاسد ويلزمه قيمة ذلك، هذه رواية ابن سماعة عن محمد، وقال ابن رستم عن محمد: إن البيع فاسد حتَّىٰ يعلم المشتري، فيختار أو يدع، فإن نقض البائع البيع قبل أن يختاره المشتري فنقضه جائز، وكذلك إذا اشترىٰ جارية مرابحة، ولم يعلم رأس المال، أو متاعاً برقم ولم يعلم ذلك، والأصل في هذا: أن جهالة الثمن توجب فساد البيع، كجهالة المبيع؛ لأنَّ كل واحد منهما [أحد][٢] العوضين، ولهذا شرط النبي ﷺ معرفتها في العقد، فقال: «من أسلمَ فليُسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم».

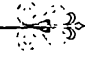
والذي قاله ابن سماعة: أن البيع جائز، معناه موقوف؛ لأنَّ الجهالة ترتفع في الثاني، فيصح العقد بمعرفته؛ ولهذا قال: إذا هلك قبل أن يعلم فعليه القيمة ولو كان البيع جائزًا ألزمه المسمىٰ، وقال: إن باعه المشتري فالبيع فاسد.

وأمَّا ما قال في رواية ابن رستم: أن للبائع النقض قبل أن يختار المشتري؛

---

(١) الجملة بالفارسية ومعناها (عشرة بإحدىٰ عشرة، أو عشرة باثنتي عشرة).

(٢) في أ (أخذ) والمثبت من ب.




فلأنَّ الفساد إذا حصل ثبت لكل واحد من المتبايعين فسخ العقد.

وقال أبو حنيفة: إذا علم برأس المال في هذه [المسألة]: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، وهذا على ما قدَّمنا.

وقال أبو يوسف: إن مات البائع قبل أن يرضى المشتري، وقد قبض أو لم يقبض، فإن البيع ينتقض، فهذا خيار لا يورث؛ وإنما كان كذلك لأنَّ العقد[1] أكثر أحواله أن يكون موقوفاً، ورضا المشتري كالإجازة، وَمِن شَرطِ الإجازة أن يكون في حالةٍ يجوز أن يستأنف فيها العقد، وذلك لا يمكن إلا مع بقاء المتعاقدين والمعقود عليه.

قال: فإن قبض الجارية فأعتقها أو ماتت، أو باع المتاع قبل أن يعلم ثم علم، فعليه القيمة في الوجهين، وعتقه جائز وبيعه جائز؛ وذلك لأنه [سمّى] في مقابلة المبيع ماله قيمة وإن كان مجهولاً، فإذا قبض المبيع ملكه وجاز تصرفه فيه.

قال: وكذلك لو كان العبد أخًا للمشتري فقبضه وهو لا يعلم برأس المال [عتق عليه]؛ وذلك لأنَّ العتق بالنسب كالعتق الموقع، فإذا كان لو أعتق جاز، [فكذلك إذا أعتق] عليه بالرحم.

قال: فإن أعتق المشتري بعدما علم برأس المال فعليه الثمن؛ لأنَّ له الخيار إذا علم، فإذا أعتق فتصرفه [فيه] إجازة للعقد، فيصح ويلزمه المسمى. والله أعلم[2].

---

(١) في ب (البيع).

(٢) انظر: الأصل ٢/٤٥١، ٤٥٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٩٣ وما بعدها.

بَابُ
بيع السباع والهوام



قال الشيخ أبو الحسن: بيعُ كل ذي ناب من السِّباع، أو ذي مِخْلَب من الطير، جائز معلَّمة وغير معلمة، وهذه رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في الأصل، وروى الحسن بنُ زياد، عن أبي حنيفة: أن الأسد لا يجوز بيعه، وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب والنمر والأسد، ويجوز بيع الفهد وسائر السِّباع[1].

لنا ما روى جابر: «**أن النبيَّ ﷺ نهى عن بيع الكلب والهر، إلا الكلب المعلَّم**»، وروي «**أنَّه نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيدٍ أو ماشية**»[2]، ولأنَّ النمر والأسد يجوز الانتفاع بجلدهما، كالفهد، ولأنَّ اليدَ تنتقل فيه إلى الموصى له والوارث، كسائر الحيوان، فأما رواية ابن أبي مالك فمحمول على الأسد الهرم، الذي لا يُنتفع بعينه ولا بجلده، [فأمّا سواه فالبيع جائز]، وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف قال: لا أجيز بيع الكلب العقور، وقد أطلق في الأصل جواز بيع الكلب.

---

(١) انظر: الإفصاح ٣٥٥/١؛ مختصر الطحاوي ص٨٤؛ المزني ص٩٠.

(٢) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج الترمذي من حديث أبي هريرة: (نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد)، وللنسائي عن جابر أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد)، ورجاله موثقون، قال البيهقي: الأحاديث الصحيحة في النهي عن ثمن الكلب ليس فيها استثناء، وإنما الاستثناء في الاقتناء، فلعَلّه شبه على بعض الرواة» ١٦١/٢.

ووجهُ هذه الرواية: أن العقور ممنوع من إمساكه، ومأمور بقتله، فلم يجز بيعه [كالخنزير].

قال أبو الحسن: فأمَّا الفيل، فأجمعوا على جواز بيعه؛ لأنَّه [ينتفع][1] بالحمل عليه، وبعظمه، فصارَ كغيره من الحيوان.

قال أبو الحسن: وأمَّا القرد، فإن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أن بيعهُ جائز، وروى ابن أبي مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أن بيعه باطل.

قال أبو يوسف في «الجوامع»: أكره بيع القردِ، وقال ابن رستم عن محمد هو جائز.

وجهُ جواز البيع: أنَّه يمكن الانتفاع بجلده، كالسِّباع.

ووجهُ الرواية الأخرى: أنَّه في الغالب يبتاع للتسلي[2]، وهذه جهةٌ محظورةٌ، فلم يجز بيعهُ [كالخمر].

١٢٢٥ ـ فَصْـل: [بيع لحوم السبَّاع]

وأمَّا لحوم السِّباع فروى بشر بن الوليد، وابن سماعة، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، وكذلك قال في الأصل. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن بيع السبع الحيّ والقرد الحي لا يجوز، ويجوز بيع لحمهما إذا ذُبحا.

وجهُ الرواية الأولى: أن لحم السباع لا يباع للانتفاع به منفعةً عامّةً تعود إلى

(١) في أ (ينتقل) والمثبت من ب.
(٢) في ب (للملاهي).

المكلَّفين، وهذه جهة معتبرة في [المبيع][1]، [فإذا لم يوجد لم يجز بيعه، كما يقول في لبن الآدميَّة].

وجهُ الرواية الثانية: أنه لحم مذكّىً كالمأكول.

١٢٢٦ ـ فَصْـل: [بيع جلود السباع والحمر]

وأمَّا جُلود السِّبَّاع والحمر والبغال فبيعها جائز إذا كانت مذبوحةً أو ميتة مدبوغةً، فأمَّا إذا لم تدبغ فلا يجوز البيع فيها، [وهذا مبني على أنّ جلود السباع تطهر بالدباغ].

والأصل في طهارة جُلودها بالدِّباغ: ما روي أن النبي ﷺ: «استسقى ماء في شن، فقيل له: إنَّه من جلد حمار ميِّت، فقال: «أليسَ في الشَّثّ والقَرَظ ما يطهره»[2]، وقال ﷺ: «أيّما إهاب دُبغ فقد طهر»[3]، وإذا طهر بالدِّباغ جَاز بيعه، كجلد الشاة.

فامَّا الذكاة فإنَّها تطهر الحيوان، لا الخنزير والآدمي، وقال الشافعي: ما لا يؤكل لحمه لا يطهر بالذكاة.

---

(١) في أ (البيع) والمثبت من ب.

(٢) «قال النووي في الخلاصة: هو بهذا اللفظ باطل لا أصل له، وقال في شرح المهذب: ليس للشب ذكر في هذا الحديث، وإنما هو من كلام الشافعي» كما قال ابن الملقن في البدر المنير، وقال: «والمعروف من متن الحديث المذكور في كتب الحديث: (أليس في الماء والقرظ ما يطهرها) رواه الدارقطني في سننه (٢١٥٦) وفي رواية: (أوليس في الدباغ والماء)، وأخرجه البيهقي وقال: وإسنادهما حسن» البدر المنير ١/٦٠٣.

(٣) أخرجه الترمذي (١٧٢٨)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٤٥٦٧)؛ وابن ماجه (٣٦٠٩)؛ وابن حبان في صحيحه ٤/١٠٣؛ وأحمد في المسند ١/٢١٩؛ نصب الراية ١/١١٥.

لنا: قوله ﷺ: «الذكاة في الحلق واللَّبَّةِ»(١)؛ ولأنَّه مختلفٌ في إباحة أكله، فأثرت فيه الذكاة كالضبع؛ ولأنَّ النبي ﷺ أقام الدباغ مقام الذكاة، بقوله: «**دباغ الأديم ذكاته**»(٢). فإذا كان الفرع الذي هو الدباغ [يصحّ](٣) في هذه الجلود، فالذكاة التي هي الأصل أولىٰ، وإذا ثبت طهارتها بالذكاة فجاز بيعها، كجلد الشاة.

وأما إذا كانت مَيْتة لم تدبغ، فلا يجوز بيعُها؛ لقوله ﷺ: «لا تنتفعوا من المَيْتة بإهاب ولا عصَب»(٤)، قال الخليل [بن أحمد]: الإهاب: الجلد قبل الدباغ، وبعده يسمَّىٰ: أديماً؛ ولأنَّه جزء من أجزاء الميتة نجس [فلا يجوز بيعها] كلحمها.

١٢٢٧ ـ فَصْل: [بيع جلد الإنسان والخنزير]

ولا يجوز بيع جلد الخنزير، ولا جلد الإنسان، ولا شعورهما، ولا عظمهما مدبوغاً كان الجلد أو غير مدبوغ، أما جلد الإنسان فلا يجوز الانتفاع به لحرمته، لقوله تعالىٰ: ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ ٱلْأَرْضَ كِفَاتًا ۝٢٥ أَحْيَآءً وَأَمْوَٰتًا﴾ [المرسلات: ٢٥ ـ ٢٦]، فدلَّ علىٰ أن الميِّت من حُكمه الدفن، (وبهذا انتفىٰ الانتفاع به].

وأمَّا جلدُ الخنزير فالدباغ لا يؤثِّر فيه، وقد رُوي عن أبي يوسف: أنَّه يطهر بالدِّباغ.

---

(١) قال ابن حجر: «لم أجده، وإنما في الدارقطني (٢٨٣/٤) مرفوعًا من حديث أبي هريرة قال: وإسناده واه، وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر مثله موقوفًا، وعن ابن عباس كذلك». الدراية ٢٠٧/٢.
«واللَّبَّة: المنحر من الصدر» المغرب (لبب).

(٢) أخرجه «أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي وابن حبان من حديث الجون... وإسناده صحيح» ـ وتكلم في ابن الجون ـ كما قال ابن حجر في التخليص الحبير ٤٩/١. وقال ابن الملقن: «... إسناده حسن، ورجاله كلهم ثقات، وصححه ابن حبان أيضًا...» خلاصة البدر المنير ٢٤/١.

(٣) في أ (ينصح) والمثبت من ب.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٢٠٦/٥؛ والطبراني في الأوسط ٣٥١/٥.

والوجه في ذلك: أن الخنزير يحرم الانتفاع به في حياته بكل حال، فَغَلُظ حُكمه بعد موته، وقد قيل إن الدِّباغ لا يتأتَّىٰ في جلده لرقته، وامتزاجه بشحمه فيصير كجلد ميتة لم يُدبغْ [فلا يطهر].

وأمَّا شعورهما وعَظمها فلا يجوز الانتفاع بهما، فلا يجوز بيعهما.

١٢٢٨ ـ فَصْل: [بيع شعر وعظم عامة الحيوان]

قال أبو الحسن: فأمَّا غير الخنزير والإنسان، فإن بيع الشعر والصوفِ والوَبر والقرن والعظم فجائز مذبوحاً كان أو غير مذبوح، ولا يحرمُ بالموت ما يجوز إنْ بانَ من حي وهو حي، وينتفع به.

والأصل في طهارة شعر الميتة وعظمها ـ خلاف ما قال الشافعي ـ: حديث أم سلمة، أن النبي ﷺ قال: «لا بأس بمسك الميتة إذا دُبغ، وصوفها وشعرها وقرنها إذا غُسل بالماء»(١)؛ ولأنَّه لو انفصل من الحيوان حال حياته كان طاهراً، فإذا انفصل بعد موته جَاز أن يحكم بطهارته كالولد.

وهذه المسألة مبنيَّة علىٰ أن الشعر والعظم لا حياة فيهما؛ بدلالة أن الحيوان لا يُدرك بهما ضرباً من المُدركات [ولا يألم بقطعهما من غير آفة فيهما]، ولأنَّ الحياة تحتاج إلىٰ بنية مخصوصةٍ وأجزاء من الرطوبة، وليست موجودةً في الشعر، وإذا لم يكن فيها حياة لم يؤثِّر فيها الموت.

فأما عصبُ الميتة ففيه روايتان: إحداهما: أنَّه طاهر؛ لأنَّ العصب من جنسِ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، وقال: «... يوسف بن السفر متروك، ولم يأت به غيره» ١/٢٤؛ وقال الدارقطني نحوه ١/٤٧؛ الدراية ١/٥٨؛ نصب الراية ١/١١٨.

العظم، إلا أنَّه غير متصلب، فحكمه حكم العظم.

والرواية الأخرىٰ: أنَّه نجس، ولا يَطهر [إلّا] بالدباغ [مثل الجلد]، وهو الصحيح؛ لأنَّ العَصبَ فيه حياة بدلالة أن الحس والإدراك يكون به، فهو كسائر الأجزاء [ويتأتّىٰ فيه الدباغ، فصار كالجلد].

١٢٢٩ - فَصْل: [الانتفاع بشَعَر بني آدم]

قال أبو الحسن: وروىٰ ابن سماعة وبشر بن الوليد، عن أبي حنيفة أنَّه قال: لا يجوز الانتفاع [بشعور] بني آدم، وكذلك ابن رستم روىٰ عن محمد عن أبي حنيفة، وقال محمد: لا يجوز بيع الشعر، ويُنتفع به.

وجهُ قول أبي حنيفة: ما رويَ (أن النبي ﷺ لعنَ الواصلة والمستوصلة)، وهي التي تصل شعر غيرها بشعرها، وهذا ضربٌ من الانتفاع [مقصود، فدلّ ذلك علىٰ تحريم شعر بني آدم]؛ ولأنَّ الأمَّة تركت الانتفاع بشعور بني آدم وإن كانوا ينتفعون بشعور سائر الحيوان، فدلَّ علىٰ أنَّهم عرفوا ذلك بتوقيف.

وجهُ قول محمد: أنَّ الشعر ينفصل من الآدمي وهو طاهر، فحلَّ محل اللبن.

١٢٣٠ - فَصْل: [الانتفاع بشعر الخنزير]

قال أبو الحسن: ولا يجوز الانتفاع بشعر الخنزير إلا للأساكفة يخرزون به، وكرهه أبو يوسف؛ وذلك لأنَّ الشعر جزء من أجزاء الخنزير، وقد تغلَّظ حكم الخنزير في التحريم، فلا يجوز الانتفاع بأجزائه.

وإنما جوَّز للخرَّازين للضرورة؛ لأنَّ غيره لا يقومُ مقامه، وكرهه أبو يوسف؛

لأنَّه عين محرمة، والأعيان المحرَّمة لا يباح[1] الانتفاع بها [كالميتة].

وقد قالوا في الرواية المشهورة: إن شعر الخنزير نجسٌ؛ لأنَّه جزءٌ من أجزائه، [فصار كسائر أجزائه]، ولأنَّ الخنزير قد تغلَّظ حكمه، فتعلق التغليظ بأجزائه.

وروي عن محمد: ما يدلُّ على طهارته؛ لأنَّه قال: إذا وقعَ في ماء جاز الوضوء به ما لم يغلب عليه، وهذا هو الأقيس على أصولهم في الشعر.

[ووجهُهُ: أن هذا شعر من الشعور، فوجب أن يحكم بطهارته كسائر الشعور]، وليسَ يمتنع أن يتعلَّق التحريم به مع طهارته، كما يتعلَّق بشعرِ الإنسان [أنه طاهر يمنع تعلق التحريم به][2].

١٢٣١ - فَصْل: [بيع هوامّ الأرض]

قال أبو الحسن: وأجمعوا على أن بيع هوام الأرض لا يجوز مثل الحيات، والعقارب، والوَزغ، والعظاية، والقنافذ، والجُعَل، والضب، وهوامّ الأرض كلها؛ وذلك لأنَّ هذه الأشياء لم يبح الانتفاع بأعيانها، والبيع يتبع جواز الانتفاع، [فإذا لم يجز ذلك، لم يجز البيع كالخمر والخنزير].

١٢٣٢ - فَصْل: [بيع ما يعيش في البحر]

قال أبو الحسن: وقالوا: لا يجوز بيع شيءٍ [في] البحر: من الضفادع، والسرطان، والسلاحف، وغير ذلك، إلَّا السمك وما يجوز الانتفاع بجلوده.

والأصل في هذا: أن كل ما جَاز الانتفاعُ بعينه من حيوان البحر، أو بجلده،

---

(١) في ب (لا يجوز).

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٣٢٨، ٣٢٩.

أو بعظمه، فبيعُهُ جائز كحيوان البرِّ، وما لا يجوز الانتفاع بشيءٍ منه لا يجوز بيعه، كالحشرات، وقد رويَ أنَّ رسول الله ﷺ سُئل عن الضفادع تجعل في دواء، فنهىٰ عنه، وقال: «خبيثةٌ من الخبائث»(١)، وهذا يدلُّ علىٰ منع الانتفاع [بها].

١٢٣٣ ـ فَصْل: [بيع النحل]

قال أبو الحسن: ولا يجوز بَيْعُ النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان في كواراته عسل، فاشترىٰ الكوارات [بما فيها من النحل] جاز، وأجاز محمد بيع النحل إذا كان مجموعاً.

وجهُ قولهما: أن النحل لا ينتفع بعينه، ولا بجُزء من أجزائه، كالزنبور، ولا يُعتبر ما يتولَّد منه من العسل؛ لأنَّ ذلك ليسَ بموجود في الحال، فأمَّا إذا باع النحل مع العسل، فالعقد يقع علىٰ العَسل، ويدخل النحل علىٰ طريق التبع، وإن لم يجز إفراده بالبيع، كالشِّرب والطريق.

وحكيَ عن أبي الحسن: أنَّه كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إنما يدخل في البيع علىٰ طريق التبع ما هو من حُقوقِ المبيع وأتباعه، والنحل ليس من حقوقِ المبيع، إلا أنَّه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف.

وَجهُ قول محمد: أنَّ النحل حيوان يُنتفع به، يمكنُ تسليمه كسائر الحيوان(٢).

---

(١) ورد الحديث بلفظ (القنفذ) كما في أبي داود (٣٧٩٩)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٩/٣٢٦؛ وذكر الذهبي عن الجزء الأول (عن العلاج بالضفدع) في تنقيح التحقيق ٢/٢٩٧.

(٢) انظر: التجريد، ٥/٢٦٠٧.

١٢٣٤ ـ فَصْـل: [بيع دود القزّ]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف في دُود القزِّ: يجوز بيعه إذا كان معه قزٌّ، ولا يجوز إذا انفرد، وروىٰ هشام في نوادره وابن رستم، عن محمد، عن أبي حنيفة: أن بيع دود القزِّ لا يجوزُ ولا بيضهُ، وقال محمد: يجوز بيعه.

وجهُ قولهما: أن دودَ القزِّ لا ينتفع بعينه، ولا بأجزائه، [فأشبه الزنبور] وليس كذلك إذا كان معه القز؛ [لأنَّ ذلك][١] علىٰ طريق التبع.

وجهُ قول محمد: أنَّه منتفع به كسائر الحيوان.

فأما بزر الدود فيجوزُ بيعه عند أبي يوسف ومحمد، ويجوز السلم فيه كيلاً في حينه إذا جعل [أجله] في حينه؛ لأنَّه بزرٌ يتولَّد منه ما يُنتفعُ بهِ، فصَارَ كبزرِ البطيخ، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعه؛ لأنَّه لا يُنتَفَعُ بعينه، وكان محمد يضمِّن من قتل دود القز؛ لأنَّه يجوز بيعهُ، وعن أبي حنيفة: أنَّه لا يضمن مَن قتله، علىٰ أصله في امتناع بيعه[٢].

فرع[٣] آخر: قال ابن أبي مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: فيمن باع [دُرّاجًا][٤] أو قُمْرِيّاً أو فاختة، واشترط أنَّه [يصيح][٥]، أو طيراً مما يجيء من الموضع البعيد، أو كبشاً نطاحاً، أو ديكاً مقاتلاً، أو كلباً مُعاقراً، أو جاريةً

---

(١) في أ (لأنه) والمثبت من ب.

(٢) انظر: الإفصاح ١/٣٥٤؛ المزني ص٩٠.

(٣) في ب (نوع).

(٤) وفي ب (ذراجاً) «والدُّرَّاج: نوع من الطير يدرج في مشيه». المعجم الوسيط (درج).

(٥) في أ (يصح) والمثبت من ب.

مغنِّية، واشترط ذلك في البيع، أنَّ البيع فاسد، وهو قول محمد؛ وذلك لأنَّ هذه الأعيان تُشترىٰ في الغالب للتَّلهِّي، وهي جهةٌ محظورةٌ فيها، فإذا شُرطت في البيع لم يجز، ولأنَّ صياح القُمْرِي والدُّراج يجوز أن يوجد، ويجوز أن لا يُوجد، ولا يُمكن جَبرهُ علىٰ ذلك، وقد شرط في المبيع ما لا يمكن[1] تسليمه [فيفسد].

وقد قال محمد: إذا باع جَاريةً مغنّية وشرط ذلك، جاز علىٰ وجه التبرُّؤ من العيب؛ لأنَّ الغناء عيبٌ فيها، فيجوز للبائع التبرُّؤ منه كسائر العيوب[2].

١٢٣٥ ـ فَصْل: [بيع الجوارح من الحيوان]

قال أبو يوسف: فإن اشترىٰ كلباً، أو فهداً، أو شيئاً من الجوارح واشترط أنَّه [معلَّم][3]، فهذا جائز، وهي إحدىٰ الروايتين عن محمد؛ وذلك لأنَّ [هذه الأشياء] صنعة تُتعلَّم وتنفق عليها [الأعواض][4]، [وهي مباحة] فهو كالجارية الطبَّاخة.

وجهُ الرواية الأخرىٰ: عن محمد أن ذلك لا يُمكن تسليمه؛ لأنَّ جبرَ الحيوان عليه لا يمكن، [فإذا اشترط في البيع ما لا يمكن تسليمه، فسد].

١٢٣٦ ـ فَصْل: [بيع البراذين]

قال محمد: إذا باع بِرْذَوْناً علىٰ أنَّه هِملاج[5]، فالبيع جائز؛ وذلك لأنَّ هذه

(١) في ب (يقدر).

(٢) انظر: التجريد ٥/٢٦٠٩.

(٣) في أ (يعمل) والمثبت من ب.

(٤) في أ (الأغراض) والمثبت من ب.

(٥) «الهملاج من البراذين: الحسن السير في سرعة وبخترة» الوسيط (هملج).

صنعة تنفق عليها الأعواض، وعلىٰ قول محمد: يجوز أيضاً؛ لأنَّه يمكنُ تسليمها، ألا ترىٰ أنَّها لا تنسىٰ في العادة [فلم يوجد المانع من جواز العقد، فصار كالطبخ والخبز].

قال: وإن باع حمامة علىٰ أنَّها تجيء من [المستلمين][1]، فالبيع باطل[2]، وهذا مبنيٌّ علىٰ أصله؛ لأنَّها لا تُجبر علىٰ ذلك، قال: فإن باع قُمْريّاً علىٰ أنَّها تصوِّت، فإذا صَوَّتَتْ جَاز؛ وذلك لأنَّ هذه خلقة فيها كحُسنها، ولهذا قالوا في إحدىٰ الروايتين في المُحْرِمِ: إذا قتل قُمْرِيَّة مصوِّتة ضمِنَ قيمتها مصوتة.

١٢٣٧ ـ فَصل: [بيع الشاة علىٰ أنها حلوب]

قال: فإن باع شاة علىٰ أنَّها حلوب، أو علىٰ أنَّها تحلب عشرة أرطال، أو علىٰ أنَّها تضع بعد شهر، فالبيع فاسد؛ لأنَّ اللبن لا يجوز أن يتناوله العقد؛ لأنَّه في مضمون خلقة الحيوان، فلا يجوز أن يشترط في العقد، وأمَّا الوضع؛ فلأنَّه لا يُمكن الوفاء به، فاشتراطه لا يصح[3].

فرعٌ[4] آخر: قال أبو الحسن: وأجاز أصحابنا جميعاً بيعَ السَّرْجين، والبعر، وشراؤه والانتفاع به، وقال الشافعي: لا يجوزُ بيعه[5].

لنا: أنَّه يباع في سائر الأعصار من غير نكير؛ ولأنَّه يجوز وقوده كالحطب،

(١) وفي ب (السيلمين).
(٢) في ب (فاسد).
(٣) انظر: التجريد، ٢٤٣٦/٥ وما بعدها.
(٤) في ب (نوع آخر).
(٥) انظر: المهذب ٢٣/٣.

ولأنَّها عينٌ جَامدة يجوز الانتفاع بها كسائر [الأعيان](1).

١٢٣٨ - فَصْل: [بيع رجيع بني آدم]

ولا يجوز بيع رجيع بني آدم إلا أنْ يغلب عليه التراب، وكذلك الانتفاع به.

وروىٰ هشام عن محمد عن أبي حنيفة: أنَّه [أجاز بيع السرجين] وكره بيع العَذِرَة، وأجاز الانتفاع بها، وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: أنه أجاز بيعَ السَّرجين وكره بيعَ العَذِرَة(2)، ولم يحكِ في الانتفاع شيئاً، قال ابن رستم عن محمد: وأما بيع العَذِرَة إذا كان الترابُ هو الغالب، فلا بأس به، والأصل في ذلك: أنَّه لا يجوز الانتفاع بها ما لم يختلط بالتراب؛ لأنَّها عين النجاسة لم يخفَّف حكمها بالاستهانة بها كسائر النجاسات، فإذا غلبَ الترابُ عليها جَاز الانتفاع بها كما يجوزُ بالسمن النجس، فيجوز بيعها.

وقد قال ابن رُستم، عن محمد، قال أبو حنيفة: كل شيء أفسده(3) الحرام والغالبُ عليه الحلال فلا بأس ببيعه، إذا [بيّن](4) ذلك، [فلا بأس] بالانتفاع به، وهذا كالعجين إذا وقعت فيه فأرة، والسَمنِ النجسِ، وكل شيء الغالبُ عليه الحرام، فلا خير في بيعه ولا هبته.

قال محمد في موضع آخر: ولو أنَّ زيتاً وقع فيه وَدَكُ ميتة وكان الودك هو الغالب، لم يجز بيع ذلك بيَّن أو لم يبيِّن، ولو كان الزيت غالباً جاز، والأصل

(١) في أ (الحيوان) والمثبت من ب.

(٢) الجامع الصيغر (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٥٥.

(٣) في ب (أقله).

(٤) في أ (ثبت) والمثبت من ب.

في جواز بيع الزيت النجس ـ خلاف ما قال الشافعي[١] ـ: ما روي أن النبي ﷺ قال في السمن المائع تقع فيه الفأرة: (انتفعوا به)[٢]، وروي أنه قال (استصبحوا بهِ)؛ ولأنَّ ما جاز الاستصباح به جاز بيعه كالطاهر.

وقوله فيما غلبَ عليه النجاسة: أنه [يجوز][٣] الانتفاع به، فالمراد بذلك في غير الأبدان: مثل الاستصباح، والدِّباغ، ودهنِ الدواب، فأمَّا في الأبدان فلا يحل الانتفاع به[٤].

فرعٌ آخر: قال أبو الحسن: بيع البَرْبَط، والطَّبْل، والمزمار، والدُّف جائز، ومن كسره ضَمنهُ، ولا يجوزُ بيعه عند أبي يوسف ومحمد، فلا يضمن مَن كسره، وكذلك روىٰ الفضل بن غانم وابن سماعة وعلي بن الجعد، عن أبي يوسف: أنَّه لا يجوز بيع النَّرد، و[لا] الشِّطْرَنْج[٥]، ولا الناي، ولا الصَّنْج، ولا الدُّف المربَّع، ولا العُود، ولا بأس ببيع الدُّف المُدوَّر، وإن كان عليه الصنوج لم يجز.

---

(١) انظر: المهذب ٣/٢٥.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن من (حديث ابن عمر)، ٤/٢٩١؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٩/٣٥٤؛ و«رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبد الجبار بن عمر قال محمد ابن سعد: كان بأفريقية. وكان ثقة وضعفه جماعة» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ١/٢٨٧؛ وأخرج ابن أبي شيبة آثاراً عدة؛ انظر ٥/٥٥١.

(٣) في أ (لا يجوز) والمثبت من ب والسياق يدل عليه.

(٤) انظر: التجريد، ٥/٢٦٤٤ وما بعدها.

(٥) «النَّرْد: لعبة ذات صندوق وحجارة وفَصَّين من العظم ونحوه، ويكثر أن تكون الغلبة فيها للحظ، وتعرف عند العامة بـ(الطاولة)». المعجم الوجيز (نرد).
«والشِّطْرَنْج: لعبة تُمثّل جيشين متحاربين يتألف كل منهما من ستّ عشرة قطعة تُمثّل الملكَ والوزيرَ والخيَّالة والقِلاع والفِيَلة والجنود، وتلعب علىٰ رقعة مرسوم عليها أربعة وستُّون مربعاً». المعجم الوجيز (الشطرنج).

وجه قول أبي حنيفة: أنَّ هذه الأعيان يمكن الانتفاع بها علىٰ وجهٍ مُباح، بأن يجعل البَرْبَط ظرفاً للدقيق، والصنجات[1] للوزن، والناي وتداً، وما أمكن الانتفاع به علىٰ وجه مُباح وعلىٰ وجهٍ محظور؛ جائز بيعه، كالسلاح [والثياب والإِبْرَيْسَم]، وإذا ثبت جواز بيعه، وَجبَ علىٰ مُستلهكه ضمانه، إلا أنَّه يضمنه ألواحاً غيرَ مؤلَّفة التأليف الذي يصلُحُ للملاهي.

وجهُ قولهما: أنَّ هذه العين في الغالب لا تُستعمل إلا للمعاصي، فلا يجوز بيعها كالخمر، وإذا ثبت امتناع بيعها لم يجب علىٰ متلفها شيءٌ، قال أبو يوسف: وقد أحسن مُتلفها.



(١) في ب (والنروسنجات الوزن).




بَابُ
ما يحرم بيعه، وما يدخل في معناه



قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يجوز بَيعُ الخنزير، والخمر، والميتة، و[هو حرام لا يجوز بيعه] ولا أكل ثمنه(١).

أمَّا الخمر فلقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

ورويَ عن النبي ﷺ أنَّه قال: «لعنَ اللهُ الخمرَ وبائعها، ومُشتريها، وشاربها»، وأمَّا الخنزير، فلقوله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣] والتحريم يمنع من جواز التصرُّف فيه.

والميتة لا يجوز بيعها لقوله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣].

وأمَّا الحرُّ فلقوله ﷺ: «**ثلاثة** أنا خصمُهم يوم القيامة ومَن كُنْت خصمهُ خصمتُه، رجلٌ باع حرّاً وأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيراً فاستوفىٰ عمله ولم يُوفِّه أجره، ورجلٌ أعطىٰ بي ثم غدرَ»(٢)، ورويَ أنَّه قال: «إن أعتىٰ الناس علىٰ الله ثلاثة: رجلٌ باع حرّاً فأكل ثمنه، ورجلٌ قتل غيرَ قاتله، ورجلٌ قتل في الحرم»(٣).

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/١١٠ وما بعدها؛ مختصر القدوري (مع الترجيح والتصحيح لابن قطلوبغا) ص ١٧٧.

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٢١١٤، ٢١٥٠) وغيره.

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٣٤١/١٣؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧١/٨؛ وأحمد في المسند=




وأما قوله: إن ثمن ذلك لا يؤكل[1]؛ فلقوله ﷺ: «لعنَ اللهُ اليهودَ، حُرِّمت عليهم الشحومُ فباعوها وأكلوا ثمنها، ألم يعملوا أن الله إذا حرَّم شيئاً حرَّم أكل ثمنه»[2].

١٢٣٩ ـ فَصْـل: [ذبح المحرم الصيد والحلال في الحرم]

قال أبو الحسن: وكذلك ما ذبحه المُحرمُ من الصيد عندنا، وما ذَبح الحلال في الحرم من الصيد؛ وذلك لأنَّ ذبيحة المُحرم ميتة، وقال الشافعي في أحد قوليه: يحرمُ على الذابح، ولا يحرم على غيره[3].

لنا: أن الله تعالىٰ سمَّىٰ ذلك قتلاً، والقتل في الشريعة يستعمل فيما لا يحل أكله؛ ولأنَّه ذبحٌ لا يثبتُ [به] الإباحة في حقِّ الذابح، فلا يثبتها في حق غيره، كذبح المجوسي، [ولأنّ الرمي إلىٰ الصيد يستفاد به حكمان: المِلك والإباحة، فإذا كان الملك لا يحصل برمي المُحرِم، فكذلك الإباحة؛ لأنه أحد حُكْمي الرمي]، وكذلك ذبح الحلال [الصيد في الحرم][4]؛ لأنَّه ممنوع منه لحقِّ الله تعالىٰ، كما يُمنعُ المُحْرم.



= ١٨٧/٢؛ وأورده الهيثمي وقال: «هو في الصحيح غير قوله (أو بصر عينيه)، رواه أحمد والطبراني ورجاله رجال الصحيح» مجمع الزوائد ١٧٤/٧.

(١) في ب (لا يحل).

(٢) أخرجه الهيثمي في موارد الظمآن ٢٧٣/١؛ ورواه البزار في مسنده ٢٩٥/١.

(٣) والمذهب تحريمه علىٰ غيره، ويكون ميتة نجسًا، كذبيحة المجوسي، وكالحيوان الذي لا يؤكل. انظر: المجموع ٤٢٤/٧.

(٤) في أ (في الحرم للصيد) والمثبت من ب.

١٢٤٠ـ فَصْل: [ذبائح أهل الكتاب]

قال أبو الحسن: وكذلك ذبيحة المجوسي وكل مشرك غير الكتابي، عبداً كان أو حرّاً، وكذلك ذبيحة المرتد؛ وذلك لما رويَ في حديث عبد الرحمن بن عوف، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في **المجوس**: «سنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب، ولا تأكلوا ذبائحهم، ولا تنكحوا نسائهم»[١]؛ ولأنَّ الله تعالىٰ خصَّ الإباحة بطعام أهل الكتاب، ومَنْ سواهم لم يُوجَد معنىٰ الإباحة فيهم [فبقي علىٰ التحريم].

فأمَّا ذبائح أهل الكتاب فهي حلال، والأصل فيه قوله تعالىٰ: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ [المائدة: ٥]، ولا يجوز أن يحمل علىٰ ما سوىٰ الذبائح؛ لأنَّه لا يكونُ لتخصيصه بأهل الكتاب معنىً؛ إذ ذلك مباح في المجوس؛ ولأنَّ مَن آمن بكتابٍ من كتب الله تعالىٰ؛ حَلت ذبيحته كالمسلم[٢].

١٢٤١ـ فَصْل: [ذبيحة من ترك التسمية عمداً]

قال [أبو الحسن]: ومن ترك التسمية عمداً؛ لم يجز [أكل] ذبيحته، لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]، وهذا نصٌّ في التحريم.

---

(١) الحديث بهذا اللفظ لم أعثر عليه كما قال ابن حجر: «لم أجده هكذا» ٢/٥٦؛ وإنما أخرجه جميعًا (الجزء الأول) من الحديث كما في البيهقي في الكبرىٰ ٧/١٧٢، وقال: «فحمله أهل العلم مع الاستدلال برواية بحاله علىٰ الجزية، فهم ملحقون بهم في حقن الدم بالجزية دون غيرها»، وذهبوا بأن الاستثناء مدرج. انظر: التلخيص الحبير ٣/١٧٢.

(٢) انظر: الأصل، ٥/٤٠٠ وما بعدها.

وكذلك ذبيحة الصبي الذي لا يَعقل، والمجنون؛ لأنَّهما لا يصحُّ منهما القصدُ إلىٰ التسمية، فصارَ كذبائح البالغ بغير تسمية[1].

١٢٤٢ - فَصْل: [بيع المكاتب والمدبر وأم الولد]

ولا يجوزُ بيع المكاتب ولا المدبَّر ولا أم الولد ولا الذي أعتق بَعضه.

أمَّا أمُّ الولد؛ فلقوله ﷺ في أمِّ الولد: «لا تباع ولا توهب وهي حرَّة مِنْ جَميع المال»[2]، وقال في مارية: «أعْتَقَهَا وَلدُها»[3]، ومن سمَّىٰ مُعْتَقاً لا يجوز بيعه، وروىٰ عبيدة السَلماني قال: قال [عَلِيّ] عليه السلام: (اتفق رأيي ورأي عمر بن الخطاب رضي الله عنه في آخرين من الصحابة: أن أمَّهات الأولاد لا يُبعن، ثم رأيت بعد ذلك أن أُرِقَّهن، فقال له عبيدة: رأيك في الجماعة أحبُّ إليَّ من رأيك في الفرقة)، وهذا ليس بخلاف مِن عليٍّ عليه السلام؛ لأنه يجوز أن يكون قوله أرقهن بمعنىٰ أجعل لرقهن قيمة، كما قال أبو يوسف ومحمد، ولأنَّه لا يجوز بيعها وهي حامل؛ لثبوت نسب ولدها من مولاها، وهذا المعنىٰ موجودٌ بعدَ وضع الحمل.

فأمَّا المدبَّر فلا يجوز بيعه، وقال الشافعي: يجوز[4].

لنا: ما روي في حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال في المدبر: «**لا يُباع ولا يوهب وهو حر من الثلث**»[5]؛ ولأنَّه حق حرية، فأثبت له اسماً مطلقاً، فمنع

---

(١) انظر: الأصل ٥/٣٩٦.

(٢) رواه البيهقي عن عمر رضي الله عنه موقوفاً ١٠/٣٤٢؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ٤/٤١٠.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٢٣؛ وابن ماجه (٢٥١٦)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٠/٣٤٦؛ والدارقطني في السنن ٤/١٣١.

(٤) انظر: رحمة الأمة ص٥٨٣.

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ١٠/٣١٤؛ والدارقطني في سننه وقال: «لم يسنده غير عبيدة بن=

البيع، كالاستيلاد والكتابة.

فأمَّا المكاتَبُ فلأنَّه عقد له عقداً أوجب زوال يده، واستحقاق أرشه فصار كبيعه.

وأمَّا المُعْتَقُ بعضه، فلا يجوز بيعُ باقيه عند أبي حنيفة، فأما عندهما: فهو حرّ كلّه، وقال الشافعي: إن كان المعتِقُ معسراً جاز بيع الباقي منه[(١)].

لنا: ما وري أن النبي ﷺ قال في عبد من شريكين، أعتق أحدهما نصيبه، (عَتَقَ كلُّه، ليس لله شريك)[(٢)]؛ ولأنَّ حق الحريَّة في المكاتب يمنع البيع، [فنفس][(٣)] الحرية أولىٰ أن يمنع.

١٢٤٣ - فَصْل: [بيع ولد المدبرة وولد المكاتَبة]

قال: ولا أولاد الإماء من ذلك، أمَّا ولد أم الولد؛ فلأنَّ الاستيلاد مستقر في الأم، فيسري إلىٰ الولدِ.

وأمَّا ولد المدبَّرة، فقد رويَ عن جابر وآخرين من الصحابة أنَّهم قالوا في ولد المدبَّرة مدبَّر [وقد دللنا علىٰ امتناع المدبَّرة، فكذلك بيع أولاد المدبرة].

وأمَّا ولد المكاتبة فهو داخل في كتابتها، فلم يجز بيعه كما لا يجوز بيعها.

= حسان، وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله» ٤/١٣٨؛ انظر: الدراية ٢/٨٧؛ نصب الراية ٣/٢٨٤.

(١) انظر: رحمة الأمة ص ٥٨١، ٥٨٢.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٣/١٨٢؛ وأحمد في المسند ٢/٥٣ مرفوعًا، وأخرج عبد الرزاق موقوفًا عن ابن عمر ٩/١٨٩؛ انظر: التلخيص الحبير ٤/٢١٢.

(٣) في أ (بمفرد) والمثبت من ب.

وكذلك الولد المشترئ والوالدان؛ لأنَّهم يدخلون في كتابة المكاتب، [فصاروا كسائر المكاتبين].

فأمَّا مَن سواهم من ذوي الأرحام، فيجوز بيعهم عند أبي حنيفة؛ لأنَّهم لا يدخلون في كتابة المكاتب، ولا يجوز عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنهم يَدخلون في الكتابة.

١٢٤٤ ـ فَصْل: [الضمان في الجنايات والغصوب]

قال أبو الحسن في الجامع: ويضمنون كلهم في الجنايات والغُصوبِ والبيع الفاسدِ، كما يُضمن غيرهم من العبيد، إلا أم الولد، فإنَّها لا تضمن إلا بما يضمن به الحُر من الجناية في قول أبي حنيفة، واختلف عنه في المدبَّر، فقال في الجامع الصغير: لا يُضمن في البيع، وهو المشهور من رواية محمد، وقال معلئ عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أنَّه يضمنُ المدبَّر في البيع كما يضمن في الغصب، وليس عن أبي حنيفة خلاف أنه المدبَّر بالغصب، أما ضمان المدبّر والمكاتب بالغصب؛ فلأنَّ رقهما مقوَّم، بدليل أن المولئ لو أعتقهما في مرضه سعيا، ولأنَّهما يسعيان بعدَ موته، [وإذا كان لرِقهما قيمة] فالغاصب مُتلفٌ لمال المولئ؛ فلذلك ضمن.

وأما أم الولد، فلا تُضمن عند أبي حنيفة بالغصب؛ لأنَّ المولئ لا يَملك منها إلا المنفعة، ألا ترئ أنَّها لا تسعئ بعد الموت للورثة، ولا للغرماء، وغصب المنفعة لا يتعلَّق به ضمان.

وجهُ قولهما: أنَّ حق الحريّة لا ينافي ضمان الغصب كالتدبير، وإذا ثبت




أنَّها لا تضمنُ عنده بالغصب، كذلك بالبيع الفاسد؛ لأنَّ ضمانها يتعلَّق بالقبض [فصار كالغصب]، وعلىٰ قولهما لما ضمنت بالغصب، ضمنت بالقبض عن بيع فاسدٍ.

وأمَّا المدبَّرة فالصَّحيح عن أبي حنيفة رواية معلىٰ؛ لأنَّها تضمنُ بالغصب، وضمان القبض في البيع الفاسد ضمان غصب.

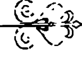
ووجهُ رواية الجامع الصغير: أن حريَّتها تتعلَّق بالموت كأم الولد.

١٢٤٥ ـ فَصْل: [بيع الرجل الماء والكلأ]

نوعٌ آخر: وقال أبو الحسن: لا يجوز عند أصحابنا جميعاً بيعُ الرجل كلأً في أرضه [ولا] ماء في نهره أو بئره، وذكر الطحاوي هذه المسألة في الاختلاف، فذكر قول الشافعي مثل قولنا(١).

والأصل فيه قوله ﷺ: «النَّاسُ شركاء في ثلاثة: في الماء، والكلأ، والنار»(٢)، وإذا أشرك الناس فيه لم يكن البائع أولىٰ من المشتري به، فلم يصح بيعه؛ ولأنَّه علىٰ أصل الإباحة، فما لم يُحرزه لا يجوز بيعه، كالصيد في أرضه، وكذلك الكمأة في الأرض لا يجوز بيعها ما لم يقلعها ويحرِزْها(٣)، وكذلك بيع الصَّيْد في أرض لم تؤخذ؛ لما بيّنا أن ما كان علىٰ أصل الإباحة لم يُملك إلا بالحيازة.

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/١٣٩.
(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٧٧)؛ وابن ماجه (٢٤٧٣) وقال البوصيري في الزوائد: «هذا إسناد صحيح، رجاله موثقون».
(٣) في ب (ويجوزها).

قال وكذلك بيع السمك في [نهره وأجَمَتِه] وهذا على وجهين: إن حصل في أرضه بغير فعله؛ لم [يجز] يبعه لعدم الحيازة، وإنْ حصل في أرضه بفعله فهو على وجهين: إن كان لا يمكن أخذه إلا باصطياد لم يجز بيعه؛ لأنَّه لا يقدرُ على تسليمه عقيبَ العقد، وإن كان يقدر على أخذه بغير صيد جازَ البيع؛ لأنَّه حصَل في أرضه بحيازته، فملكه، وتسلميه ممكن، فصار كما لو [حازه][1]، وجعله في طرفٍ.

١٢٤٦ - فَصْل:

قال: وكذلك إن ساق الماء إلى أرضه ولحقته المؤنة حتى خرج الكلأ، فإنَّه لا يجوز بيعه؛ وذلك لأنَّ سوق الماء ليس حيازة للكلأ، فبقيت على أصل الإباحة، فلا يجوز بيعه.

١٢٤٧ - فَصْل: [بيع ذبيحة المجوسي]

وذكر أبو الحسن في «الجامع الصغير» في ذبيحة المجوسي وكل شيء يعملونه هو عندهم ذكاة كخنقها وضربها حتى تموت، فإنَّه يجوز به البيع بينهم عند أبي يوسف، ولو استهلكها مُسلم ضمنَ قيمتها، قال وليس ذلك كما مات حتف أنفه، وقال محمد: ذبيحة المجوسي لا يجوز لهم بيعها، ولا أقضي فيها بثمن، وذبحه وقتله سواء.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّهم يتمولون ذبائحهم كما يتمولون الخمر، فإذا جاز تصرُّفهم في أحدهما فكذلك الآخر.

---

(١) في أ (صاده) والمثبت من ب.

وجهُ قول محمد: أن أحكامهم كأحكامنا في الشرع، إلا ما استثني بعقد الأمان، والذي استثني لهم الخمر والخنزير، وما سوىٰ ذلك فعلىٰ أصله[1].

١٢٤٨ـ فَصْل: [بيع الأشربة المحرمة]

قال أبو الحسن في الجامع: أجمعت الرواة كلُّهم أبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد عن أبي حنيفة ﷺ: أن بيع الأشربة المحرَّمة كلِّها جائز إلا الخمر، غير أنَّ الحسنَ قال: وكذلك مَا ذهبَ [ثُلُثه] من العصير إذا اشتدَّ، ولم يُجَوّز أبو يوسف ومحمد بيع ما حرم شربه، فالضمان علىٰ القولين فرع علىٰ جواز البيع.

وجهُ قول أبي حنيفة المشهور: أنَّ هذه الأشربة مختلف في تحريمها، كنبيذ التمرِ المطبوخ.

وجهُ رواية الحسن: أن العصير إذا ذهب أقلُّه واشتدَّ لم يزل اسم الخمر عنه؛ لأنَّه يُطبخ الطبخ اليسير ليستحكم، ولا يرد عليه الفساد، وإذا كان من نوع الخمر لم يجز بيعه، وليس كذلك المنصّف؛ لأنَّه يغلظ ويزول الاسمُ عنه، فتحريمه لا يمنع من جوازِ بيعه.

وجهُ قولهما: أنَّه شرابٌ محرَّم غير مستقذر [فلا يجوز بيعه] كالخمر، ولا يلزم الماء النجس لأنه مستقذر فلا يلزم[2].



(١) انظر: الأصل ٣٨١/٥، ٤٠١.

(٢) انظر: كتاب الآثار للإمام محمد بن الحسن، ص ١٨٢، ١٨٣ (إدارة القرآن).

بَابُ
العقد يقع على شيئين أحدهما لا يجوز البيع فيه



هذا الباب قد تكلَّمنا على أكثر ما فيه فيما تقدَّم، وبيّنّا الخلاف فيه، وذكرنا رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق، واختلاف طريقة أصحابنا في ذلك، ولا معنى لإعادته.

وقد قال أبو حنيفة: إن معنى قولي إن الفساد في نفس المعقود عليه أن يثبت التحريم بنصٍّ أو إجماعٍ، ولا أعتد بالخلاف مع النصِّ، ولهذا قال: فيمن جمع بين شاة مذكاة وشاة تركت التسميةُ عليها عامداً؛ أنَّ البيعَ فاسد فيهما؛ لأنَّ ما تركت التسمية عليه عمداً منصوصٌ على تحريمه، والنصُّ حجَّةٌ على المختلفين، والخلاف ليس بحجَّة في مقابلة النصِّ، فصار وجود الخلاف فيه وعدمه سواء.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز البيع في المذكاة؛ لأنَّ إباحة الأخرى يسوغ فيها الاجتهاد، فصار تسويغ الاجتهاد كتعارض النص.

١٢٤٩ ـ فَصْل: [مسألة الطوق]

وذكر أبو الحسن [في] (مسألة الطوق): وهي [أنه] إذا باع جارية وطوقَ ذهبٍ بمائة[1] دينار إلى شهر، فالبيع فاسد كلُّه عند أبي حنيفة، وروى ابن رستم عن محمد، عن أبي يوسف، وابن سماعة وبشر بن الوليد، عن أبي يوسف مثل

(١) في ب (بمائتي).

قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: لأنَّه لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك، وقد بيَّنا هذه المسألة.

قال محمد: وللمُشتري الخيارُ في الحلال منهما إذا لم يعلم، فالذي أفسد البيع: إن شاء أخذ الباقي، وإن شاء ردَّه؛ وذلك لأنَّ الصفقة تفرَّقت عليه [فثبت له الخيار إذا لم يكن رضي به].

قال: فإن كان البائع بيَّن ذلك، فلا خيار له؛ لأنَّه قد علم بتفريق الصفقة، فدخل [في العقد] على ذلك.

١٢٥٠ـ فَصْل: [حصول الفساد بسبب آخر]

قال أبو الحسن: وإذا لم يَفسد العقد لما وقع عليه، وإنما فسد بالافتراق بطل فيما يبطل بالافتراق، وصحَّ في الآخر، مثل أن يكون له على رجل خمسة دراهم دَيناً، فأسلمها مع خمسةٍ أخرى في قفيز، وكذلك الجارية والطوق، إذا لم يشترط في البيع الآجل وافترقا عن غير قبض؛ وذلك لأنَّ البيع وقع هاهنا صحيحاً في الجميع، وإنما فَسدَ في بعضه بمعنى طارئ فلا يفسد في الباقي، كمن اشترى عبدين، فمات أحدهما [قبل القبض].

١٢٥١ـ فَصْل: [فيمن باع شيئين فقبض أحدهما فقط]

وقد حكى محمد عن أبي حنيفة: فيمن باع أَمَتين إحداهما لم يقبضها من بائعها؛ أنَّه يجوزُ البيعُ في التي في يده، وهذا كالمدبَّرة والأمة.

وقال الحسن، عن زفر: البيع فيهما باطل.

وجهُ قول أبي حنيفة: أن الرقَّ المعقودَ عليه موجودٌ فيها، فصار كالأمة والمُدبَّرة.

وجهُ قول زفر: أن بيع ما لم يقبض منصوص علىٰ تحريمه، فلم يُعتدَّ بالخلاف فيه، ففسد [البيع] في الجميع، [كما قلنا فيمن باع شاةً مُذكَّاةً وشاة تركت التسمية عليها عامدًا].

١٢٥٢ ـ فَصْل: [الفساد في الثمن يعم جميع المبيع]

وقد ذكر أبو الحسن في الجامع: فيمن اشترىٰ عبداً بخمسمائة نقداً، وخمسمائة له علىٰ فلان: أن البيع فاسد في [المبيع][١]؛ وذلك لأنَّ هذا فساد في الثمن، وما فسد من الثمن لا يختصُّ بجزءٍ من المبيع دون جزءٍ؛ [لأن عندنا كل جزء من الثمن في مقابلة كل المبيع] فيفسُد في الجميع، وعلىٰ هذا قال زفر: إذا اشترىٰ عبداً بخمسمائة نقداً وخمسمائة إلىٰ العطاء فسد في الجميع؛ لأنَّه شرطٌ فاسد في الثمن، فلا يختصُّ ببعض المبيع دون بعض[٢].



(١) وفي ب (الجميع).
(٢) انظر: الأصل ٢/٥٧٥.

بَابُ
بيع الحمل وما في معناه

قال أبو الحسن: وإذا باع الرّجلُ حَمْل شيءٍ من الحيوان، كائناً ما كان، أو لبناً في ضرع، أو صوفاً على ظهر شاة، أو لؤلؤة في صدَفة، فباعها دون الصَّدَفة، أو [في] بطيخ صحاح، ورضي صاحبه أن يقطعهُ ويسلِّمه إليه، أو نوىٰ في تمرٍ، أو خل هذا السمسم، أو زيت هذا الزيتون، أو لحماً من شاة حيَّة، أو باع رجلها أو يدها أو طرفها وهي حيَّة، أو شحمها، فهذا كلُّه باطل لا يجوز البيع(١).

أمَّا الحمل فلنهيه ﷺ عن «بيع الحر، وعن بيع الحبَلة»؛ ولأنَّه لا يمكنه تسلميهُ عقيب العقد، لعدم ثبوت يده عليه.

وأمَّا اللبن؛ فحديث ابن عباس (أنَّ النبي ﷺ: «**نهىٰ عن بيع اللبن في الضرع، وعن بيع المضامين**»(٢)، وهو ما يضمنه خلقة الحيوان؛ ولأنَّه لا يُمكن التسليمُ للمعقود عليه، ألا ترىٰ أنَّ اللبن يحدث حالاً فحالاً فيختلط المبيع بغيره قبل قبضه، وهذا يفسد البيعَ لو صحَّ.

فأمَّا الصُّوف على ظهر الشاة، فالمشهور عنهم أنَّه لا يجوز، وذكر محمد في الصُلح، عن أبي يوسف: أنَّه لو صالح على صُوف على ظهر شاة جاز، وروىٰ

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٧٨.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ١١/٢٣٠؛ وقال الهيثمي: «وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة، وثقه أحمد، وضعفه جمهور الأئمة». مجمع الزوائد ٤/١٠٤؛ وقال ابن حجر: «وفي إسناده ضعف» ٢/١٤٩.

بشر عن أبي يوسف: جَواز بيعه.

وجهُ قول أبي حنيفة ومحمد: حديث ابن عباس (أنَّ النبي ﷺ نهىٰ عن بيع الصُّوف علىٰ ظهر الغنم)[1]، ولأنَّه جزء مشار إليه من الحيوان [فلم يجز بيعه] كأعضائه.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّها عين مشارٌ إليها، يجوز استباحتها، فصار[2] بيعُها كبيع القصيل، والفرق بينهما: أنَّ الصوفَ لا يخلو [إما] أن يسلِّمه بالجزِّ أو بالنتف، وبالجزِّ لا يُمكن استيفاؤه، وقد [يبقىٰ] منه في بعض الأحوال أكثر مما [يبقىٰ] في بعضها، وبالنتف لا يجوز؛ لما في ذلك من إلحاق الضرر بالحيوان.

فأما القصيل: فيقلع بأصله، [فيمكن][3] استيفاء المعقود عليه من غير ضررٍ يلحق الأرض، وأمَّا اللؤلؤة في الصدفة، فقد ذكر [هاهنا] أن بيعها لا يجوز وذكر عن ابن سماعة في الجامع عن أبي يوسف: أن بيعها جائز كلحم [الشاةِ] المسلوخة.

وجه ما ذكر هاهنا: أنَّه لا يمكن تسليمها إلا بشقِّ الصدفة، وذلك [ضرر] لم يستحق بالعقد، فصارَ كالنوىٰ في التمر؛ ولأنَّ الصدفَ حيوان، وبيع ما في مضمون خلقة الحيوان لا يجوز.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّ الصدفَ لا يُنتفع به إلا بالشقِّ، فلم يكن في تسليم اللؤلؤة ضررٌ، فصارَ كبيع لحم الشاةِ المذبوحة، وقد قالوا إن ذلك جائز.

---

(١) الحديث المذكور جزء من حديث أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، وقال: «تفرد برفعه عمر بن فروخ، وليس بالقوي، وقد أرسله عنه وكيع، ورواه غيره موقوفًا» ٥/٣٤٠؛ انظر: الدراية ٢/١٤٩؛ نصب الراية ٤/١١.

(٢) في ب (فجاز).

(٣) في أ (فيما) والمثبت من ب.




وأمَّا بزرُ البطِّيخ الصحيح، فلا يمكنه تسليمهُ إلا بقطعه، وفي ذلك ضرر.

فأما خَلُّ السمسم وزيت الزيتون؛ فلأنَّه غير مالك له، ألا ترىٰ أن من [كان] عنده الزيتون لا يملك الزيت، وبيع ما لا يملكهُ الإنسانُ لا يجوز.

وأمَّا بيعُ لحم مِنَ الشاةِ الحيَّة أو عضوٍ منها أو شحمها، فلا يجوزُ؛ لأنَّ استباحة ذلك محرَّم في الحال، والعقد لا يجوز أن يقعَ علىٰ المُحَرَّم.

قال أبو الحسن: فإن سَلَّم البائع ذلك، لم يجز، ولا يشبه هذا الجِذْع في السقف.

قال محمد: وكذلك الصُّوف إذا جزَّه البائع وسلَّمه، والقياس فيه أن يجوز، ولكنَّا استحسنا الأثر الذي رويَ عن ابن عباس، وإنما قلنا إن البيعَ لا يجوزُ، وإن سَلّمه؛ لأنَّ المعقودَ عليه لا يجوزُ عليه العقد، إمَّا [للحُرمة] أو لعدم ملكه، فلا يصحُّ في الثاني.

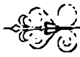
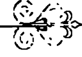
فأمَّا الجِذْع فهو علىٰ ملكه، والانتفاع به جائز وإنما منع من البيع؛ لأنَّ في تسلميه تخريب سَقفه، [فإذا][1] قلعه فقد زال المعنىٰ المانع، فجاز، ولا يقال: فقولوا في بزر البطيخ ونوىٰ التمر مثله؛ وذلك لأنَّ بزرَ البطيخ في مضمون خلقه لا يُمكن تسليمُه إلا بفسادها، فهو كلحم الشاة.

١٢٥٣ـ فَصْل: [بيع الحنطة في سنبلها]

قال: بيعُ الحنطة في سُنبلها جائز؛ لأنَّه ليس في أخذها فسادٌ لشيءٍ، والتِّبْنُ بمنزلة الظرف، وقد بيَّنّا هذه المسألة.

---

(١) في أ (فأما إذا) والمثبت من ب.

وقد قالوا: لو باع تبن الحنطة دون الحنطة لا يجوز؛ لأنَّه في الحال ليس بتِبْن، وإنما يصير تِبْناً بالدَّقِّ والعمل، فقد باع ما ليس عنده، [فلا][1] يجوزُ كزيت الزيتون[2].

١٢٥٤ ـ فَصْل: [الاستثناء مما لا يجوز العقد عليه]

قال أبو الحسن: وما لم يجز بيعه في هذا إذا باع الجملة واستثنىٰ منه هذه الأشياء لم يجز؛ وذلك لأنَّ ما لا يجوز العقد عليه لا يجوز إستثناؤه من العقد [فصار] كأعضاء الشاة [والعبد]، وما يجوز أن يفرد بالعقد.

عليه لا يجوز أن يستثنىٰ من العقد كالجزء والمشاع.

١٢٥٥ ـ فَصْل: [وجود لؤلؤة في سمكة أو دجاجة]

ومن هذا النوع: ما روىٰ هشام، عن محمد: فيمن اشترىٰ صَدَفَةً فوجدَ فيها لؤلؤةً، فهي للمشتري، وكذلك اللؤلؤةُ في[3] السمكة، فإن اشترىٰ دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع، وذلك لأن اللؤلؤة في الصَدَفَة متولدة، فهي كبيض السمك، فأما السمكة إذا كانت فيها لؤلؤة فلأنَّ السمكَ يأكل حيوان البحر، فما يوجدُ فيها منه فهو للمشتري، كمن وجدَ سَمكةً في جوفِ سمكة، وأمَّا الدجاجة، فإنَّ اللؤلؤة لا تخلق فيها، ولا هي من عَلفها، فلا تملكُ بالعقد عليها.

وقد قال بشر عن أبي يوسف: كل شيءٍ وُجد في حوصَلة الطائر مما يأكله فهو للمشتري، وإن كان من غيره فهو للبائع، وهذا ما [علىٰ] بيَّناه.

(١) في أ (فهو) والمثبت من ب.
(٢) انظر: التجريد، ٥/٢٤٠٧.
(٣) في ب (تتولد في الصدف).

بَابُ
المبيع قبل القبض



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: كل ما يتعيَّن بالعقد فهو مبيعٌ علىٰ ما بيَّنت لك، ولا يجوز بَيعه قبل القبض، إلا العَقَار خاصَّة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقوله ما تعيَّن فهو مَبيع، يعني: ما تعيَّن جنسه؛ لأنَّ الحلي يتعيَّن بالعقد، و[هو] ليس بمبيع.

والأصل فيما يجوز التصرُّف فيه قبل القبض وما لا يجوز: أنَّ كل عوضٍ مُلكَ بعقدٍ فيُفسخُ بهلاكه، فالتصرُّف فيه قبل القبض لا يجوز، [كالمنقولات][1]، والأجرة إذا كانت عيناً فشرط تعجيلها، والصلح من دَعوىٰ في مال علىٰ عَين، وكل ما لا يُملك بعقد لا ينفسخ العقدُ بهلاكه، فالتصرُّف فيه قبل القبض جائز، كالمهر والعوض في الخلع، والعتق علىٰ مال، والصلح عن دم العمد.

وإنما اعتبرنا أحد الأمرين بالآخر؛ لأنَّ التصرُّف إسقاط للقبض، فما بطل العقد بهلاكه، لم يصح التصرف فيه؛ لأن كل واحد من الأمرين إسقاط القبض المستحق بالعقد، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرُّف فيه كهلاكه؛ لما في ذلك من إسقاط القبض.

وقد قدمنا الكلام في امتناع التصرف في المبيع المنقول قبل القبض مع مالك، والكلام في جواز البيع في العقار قبل القبض مع [محمد و] الشافعي.

---

(١) في أ (كالمبيعات) والمثبت من ب.

قال أبو الحسن: وما لا يجوز بَيعهُ قبل القبض فكذلك إجارته ؛ لأنَّ ملك المُشتري لم يتم فيه ، فَلم يجز إجارته لملك لم يتم.

١٢٥٦ - فَصْل: [هبة أو رهن المبيع قبل القبض]

فأمَّا إذا وهبهُ أو تصدَّق به ، أو أقرضه أو رهنه من غير بائعه ، فلا يجوز ذلك عند أبي يُوسف ، وكذلك يجبُ أن تكونَ الوصيَّة به ، وقال محمد: كل ذلك جائز.

وجهُ قول أبي يوسف: أن المِلْك لم يتم لعدم القبض ، ألا ترىٰ أنَّ العينَ إذا هَلكت علىٰ غير ملكهِ ، فلم تجز هبتهُ فيما لم يتم ملكه فيه ، كما لا يجوز بيعهُ.

وجهُ قول محمد: أنَّ هذه العقود لا يتعلَّق الاستحقاق بها ، وإنما يتعلَّق بقبضها ، فيقوم قبض الموهوب له مقام قبض المُشتري ، ثم يصير قابضاً لنفسه ، فكأنَّه وهبَ بعدَ ما قبض وكيله ، وهذا كما قالوا: إذا قال أطعم ستين مسكيناً عن كفارتي ، فإن قبض المساكين يقع [للآمر] حتىٰ يصير مضموناً عليه ، ثم يقع قبضهم لنفوسهم صدقة ، وليس هذا عند محمد ، كمن لو رَهن أو وهبَ من البائع ؛ لأنَّ قبض البائع لا يجوز أن يقوم مقام قبض المشتري ، فلم يحصل القبض الذي أوجبهُ البيعُ ، فيصيرُ كالهبة والرهن قبل القبض.

١٢٥٧ - فَصْل: [هبة المشتري المبيع من البائع]

وقد روىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد: أن المُشتري لو وهبَ المبيعَ من البائع فقبله البائع بطل البيع ، ولم تصح الهبةُ ، ولو باعه من البائع ، فقَبِلَ ، لم يصح البيع ولم يبطل البيع الأول.

والفرقُ بينهما: أن قبض البائع لا يقوم مقام قبض المشتري ، فلا يصحُّ الهبة

قبل القبض، إلا أن البيع يبطل؛ لأنَّ الهبةَ تصلح لإسقاط الحقوق ولهذا يبرأ بها من الديون، فصارت الهبة إسقاطًا لقبض المبيع، فإذا تراضيا بذلك بطل البيع، وأما البيع فلا يصح قبل القبض، ولم يوضع لإسقاط الحقوق، وإنما وُضع للتمليك، فإذا لم يتعلق به المِلك لم يتعلق به حكم.

١٢٥٨ـ فَصْل: [العبارات المؤدية إلىٰ نقض البيع]

ولو قال المشتري للبائع: بعه أو بعه لنفسك، فقبل فهو نقض، وإن قال: بعه لي، لم يكن نقضاً، وإن باعه لم يجز بيعه، وكذلك روىٰ [ابن سماعة عن] أبي يوسف، عن أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: [إذا قال بعه] لا يكونُ نقضاً.

وجهُ قول أبي حنيفة ومحمد: إن أمرهُ له بالبيع إنما لم يصح؛ لأنَّ الآمر لا يَملك البيعَ، فكأنَّه قال: بعه لنفسك، ولا يصحُّ بيعه لنفسه إلا بعد نقض البيع، ومتىٰ تراضيا علىٰ ما لا يصح إلا بعد النقض كانَ نقضاً؛ (لوجود ما يستدل به علىٰ النقض من جهتهما)[1].

وجهُ قول أبي يوسف: أن قوله له بع ينصرف إلىٰ البيع للآمر؛ لأنَّ العين علىٰ ملكه، وذلك لا يُوجبُ النقض، فصار أمراً بعقدٍ[2] فاسدٍ فلا ينتقض البيع الأوَّل به.

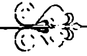
١٢٥٩ـ فَصْل: [وقوع العتق عن البائع]

ولو قال المشتري للبائع: أعتقه، فأعتقه البائع، فعتقه جائز عن نفسه في

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) الكلمة مكررة.

قول أبي حنيفة [ومحمد]، وقال أبو يوسف: عِتقه باطل.

وجهُ قول أبي حنيفة [ومحمد]: أن العتق قبض، والقبضُ لا يكون بفعل البائع، فصار أمره بالعتق أمراً بالعتق عن البائع، وذلك لا يكونُ إلا بعدَ النقض، [فكأنّه صَرّح بالنقض].

وجهُ قول أبي يوسف: أن الأمرَ ينصرف إلىٰ العتق عن الآمر، فلا ينفسخ البيعُ به، وإن لم يقع العتق.

١٢٦٠ - **فَصْل**: [ما يجوز التصرف فيه قبل القبض وما لا يجوز]

قال أبو الحسن: وما كان دَيناً بعَقد أو بغير عَقد فبيعه جائز، إلا في السَّلَم، وثمن الصَّرف، والثياب في البيع إذا كان ديناً إلىٰ أجل.

قال: وجُملة هذا ما قدمنا أن كل دين في الذمَّة لا يُستحقُّ قبضه في المجلس، وليس ببدل في السَّلَم، فالتصرُّف فيه قبل القبض جائز كأثمان البياعات، وقد دلَّ عليها حديث ابن عمر.

وما يجب قبضهُ في المجلس أو كان بدلاً في السَّلَم، لا يجوزُ التصرُّف فيه؛ لقوله ﷺ «مَن أسلمَ في شيءٍ فلا يصرفه إلىٰ غيره»(١)، وقد قدمنا ذلك.

وأمَّا الثيابُ إذا كانت في الذِّمَّة مؤجَّلة فالقياس أن لا يثبت، وإنما استحسنوا في ثبوتها بالأجل قياساً علىٰ السَّلَم، فلا يجوز التصرُّف فيها، لقوله ﷺ، كما لا يجوز التصرُّف في [المُسلم](٢) فيه، وقد بيَّنا ما ذكره الطحاوي

(١) الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه، والترمذي في علله مرفوعاً وهو حديث حسن، كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٥١؛ وأخرجه البيهقي في الكبرىٰ بلفظ (إذا أسلفت...) ٦/٣٠.

(٢) في أ (السلم) والمثبت من ب.

في القرض والكلام عليه.

١٢٦١ - فَصْل: [ما يجوز بيعه قبل القبض]

قال أبو الحسن: وما يُملك بغير عقد أو بعقد بغير بدل، فبيعه قبل القبض جائز كالميراث والوصيَّة.

أما الميراث فلأنَّ الوارثَ يخلف الميت في ملكه، ويقومُ مقامه، فصارت اليدُ التي فيها الميراث كيدِ المورث.

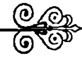
وأمَّا الوصيّة فتمليك يتعلق بالموت كالإرث.

١٢٦٢ - فَصْل: [بيع المكيل والموزون قبل القبض]

وما كان مكيلاً أو موزوناً فاشتراه مُكايلة أو موازنة لم يجز بيعه إلا بعد قبضه وكَيْله، فإن باعه قبل كَيْله لم يجز، وقد بيَّنّا هذه المسألة، وذكرنا اختلاف الرواية في المعدودات، وروىٰ أبو يوسف في الإملاء عن أبي حنيفة [في المعدودات: أنها كالمكيلات، وفي الجامع الصغير عن أبي حنيفة:] لا يبيعُ ما يُكال أو يوزن أو يُعد حتىٰ يكيله أو يوزنه أو يعُدَّه، فإن باعه لم يجز في المكيل والموزون وسكت عن المعدود، وقال أبو يوسف ومحمد: المعدود كالمذروع، وقد بيَّنّا هذه المسألة.

١٢٦٣ - فَصْل: [قبض المكيل بغير كيل ثم بيعه]

قال أبو يوسف: وإن اشترىٰ مكيلاً أو موزوناً مكايلةً أو موازنة بيعاً فاسداً وقبض ذلك بغير كيل، ثم باعه وقبضه المشتري، فإن المبيعَ الثاني جائز والأوَّل




فاسد، قال أبو يوسف: إنما يعتبر إعادة الكيل في البيعين الصحيحين، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ البيع الفاسد يُملكُ بالقبض، كالقرض، وقد قالوا فيمن استقرض طعاماً بكيل ثم باعه مكايلة، أنَّه لا يحتاج إلىٰ إعادة الكيل(١).

١٢٦٤ ـ فَصْل: [البيع بكيل لا يعرف قدره]

قال أبو يوسف: ولو اشترىٰ مكايلة بإناءٍ بعينه، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كاله بذلك الإناء فرضي به المشتري بعد كيله جَاز البيعُ؛ [وإن باعه المشتري قبل أن يعيد الكيل جاز]؛ وذلك لأنَّ هذا البيع في حكم بيع المجازفة، ألا ترىٰ أن الإناء لا يُعرف قدره من الكيل، ومَن اشترىٰ مجازفة وباع مكايلة لم يحتج إلىٰ كيلين، وقد قال أبو يوسف فيمن اشترىٰ طعاماً مكايلةً وباعه مجازفة: إن المشتري لا يتصرَّف فيه إلا بعد الكيل، وقال محمد: لا يحتاج إلىٰ كيلين، وهو الصحيح؛ لأن الكيل الثاني [إنما يُحتاج إليه ليتعيّن به مقدار المعقود عليه، فإذا اشترىٰ مجازفة استحق الجميع، فلا] يحتاج إلىٰ الكيل، وأبو يوسف ذهب إلىٰ ظاهر الخبر.

١٢٦٥ ـ فَصْل: [التصرف في الثمن قبل القبض]

قال أبو الحسن: قال محمد: ولو اشترىٰ عبداً بكُرٍّ موصوفٍ بغير عينه ثم إنَّه دفع إليه الكُر ولم يَكله عليه، فصدَّقه بائع العبد، أنَّه كُر ثم باعهُ قبل أن يكتاله جَاز؛ وذلك لأنَّ التصرُّف يجوز في [هذا] الكر قبل القبض، ألا ترىٰ أنَّه لو باعه من المشتري، جَاز، وعَدمُ الكيل كعدم القبض. والله ﷻ أعلم.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٥٥ وما بعدها؛ التجريد، ٥/٢٥٧٠.

بَابُ
الاحتكار



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: الاحتكار[1] مكروه عند أصحابنا جميعاً: وهو أن يشتري طعاماً من مصر ويمتنع من بيعه، وذلك يضر بالناس.

والأصلُ في كراهة الاحتكار قوله ﷺ: «الجالبُ مرزوق، والمحتكر ملعون»[2] **رواه ابن عمر**.

وروىٰ عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من احتكر علىٰ المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام، والإفلاس»[3]، **وروىٰ أبو أمامة أن النبي ﷺ قال:** «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله، وبرئ الله منه»[4]؛ ولأنَّ في ذلك تضييقاً علىٰ الناس، وهذا لا يجوز؛ وكذلك (**نهىٰ النبي ﷺ عن تلقي الجَلَب، وتلقي الركبان**)[5].

---

(١) الاحتكار: حبس الطعام (الأقوات) لغلاء السعر. انظر المغرب (حكر).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢١٥٣)؛ والبيهقي في الكبرىٰ وقال: «تفرد به علي بن سالم عن علي بن زيد، قال البخاري: لا يتابع في حديثه» ٦/٣٠؛ والدارمي في السنن ٢/٣٢٤؛ الدراية ٢/٢٣٤؛ نصب الراية ٤/٢٦١.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢١٥٥)؛ وأحمد في المسند ١/٢١؛ والطيالسي في مسنده ١/١١؛

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/١٤؛ والطبراني في الأوسط ٨/٢١٠؛ والإمام أحمد في المسند ٢/٣٣؛ الدراية ٢/٢٣٤؛ نصب الراية ٤/٢٦٢.

(٥) أصله في مسلم (١٥١٧، ١٥١٨)؛ ورد في أكثر الروايات بـ(نهىٰ عن تلقي الجلب) أبو داود (٣٤٣٧)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٦٠٩٠)؛ وابن ماجه (٢١٧٩). =

والاحتكار أن يبتاع طعاماً من مصر أو من مكان قريب من المصر يُجلب طعامه إلىٰ المصر، وذلك مصر صغير يضرّ به هذا [الفعل]، فأمّا إذا كان مصراً كبيراً لا يضرُّ به هذا الفعل لم يمنع منه، وكذلك قال أبو حنيفة في (تلقي الجلب): إذا كان في بلدٍ لا يضرُّ بأهله، فلا بأس.

وقالوا فيمن جلب طعاماً من مكان بعيدٍ من المصر [فاحتكره ولم يبعه لم يمنع من ذلك؛ لأنه كان له أن لا يجلبه، فليس في الامتناع من بيعه إضرار بأهل المصر]، وكذلك من زرع أرضه وادخَّر طعَاماً فليس بمحتكرٍ؛ لأنَّه كان له أن لا يزرعها.

قال محمد: أُجبرُ المحتكرين علىٰ بيع ما احتكروه، ولا أسعّرُ، ويقال له بع كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن في مثلها، ولا أتركه يبيع بأكثر من ذلك.

والأصل في امتناع التسعير ـ خلاف ما قاله مالك ـ: ما رويَ (أن السِّعر غلا بالمدينة فقالوا: يا رسول الله، لو سعَّرت، فقال: «إن الله هو المُسعِّر»[(1)]؛ ولأنَّ التسعير تقدير للثمن الذي يُباع به الطعام، والإنسان لا يُجبر علىٰ البيع بثمن معيَّن [كسائر أملاكه].

فأمَّا قوله: إنِّي أجبرهم علىٰ البيع بما يبيع الناس؛ فلأنَّ في ترك البيع إلحاقُ ضررٍ، وهذا يجب أن يكون علىٰ قول أبي يوسف ومحمد علىٰ أصلهما

= وأما الجزء الثاني فمتفق عليه من حديث ابن عباس رفعه: (لا تلقوا الركبان...) كما في الدراية ٢/٢٣٤.

(١) أخرجه أبو داود (بطوله) (٣٤٥١)؛ والترمذي (١٣١٤) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٢٠٠)؛ وأحمد في المسند ٣/٢٨٦؛ الدراية ٢/٢٣٤؛ نصب الراية ٤/٢٦٢.

في الحَجْر على الحرّ.

فأمَّا إذا قال أبو حنيفة: إن الحَجْر لا يجوز على الحُرِّ، فيجب على قوله أن لا يُجبروا على البيع.

وقد قال أصحابنا: إذا خَاف الإمام على أهل المصر الهلاك أخذ الطعام من المُحتكرين وفرَّقه عليهم، فإذا وجدوا [ردُّوا][1] مثله، وليس هذا حجراً، وإنما هو للضرورة، ومن اضطر إلى مال غيره، وخاف الهلاك، جَاز له أخذه بغير رضاه.

١٢٦٦ - فَصْل: [الجلب من رستاق المصر]

قال أبو الحسن: [وأما إذا][2] جلبَ من غير المصر من قرى المصر فإن محمداً جعله في حكم المصر، وقال هشام: حدَّثنا أبو يوسف، عن أبي حنيفة قال: إذا جَلبَ الرجل من الرستاق[3] طعاماً ثم احتكره فليس بمُحتكر.

قال أبو يوسف: إن جاء به من مقدار نصف ميل فليس بحُكْرَة، وهذا ليس بخلاف، وإنما هو على ما بيَّناه، إذا كان رستاق المصر يجلب طعامه إلى المصر فالمشتري منه كالشراء من المصر، وإن كان لا يُجلب إليه فليس باحتكار.

قال: فإن اشتراه من رستاق فاحتكره حيث اشتراه، فهو حُكْرَة؛ لأنَّه يضيّق على أهل الرُستاق، فهو كالتضييق على أهل المصر.

---

(١) في أ (زادوا) والمثبت من ب.

(٢) في أ (وما) والمثبت من ب.

(٣) الرُّستاق «الرُّزداق: موضع فيه مزدَرَع، وقُرىً، أو بيوت مجتمعه»، «ويستعمل في الناحية التي هي طرف الإقليم» كما قال الفيومي، المعجم الوسيط؛ المصباح المنير (رستق).

١٢٦٧ - فَصْل: [ما يعد حبسه حكراً]

قال ابن سماعة، عن أبي يوسف: الاحتكارُ في كل ما يَضرُّ بالعامَّة احتكاره، وقال هشام، عن محمد: الحَكَر في الحنطة، والشعير، والتمر، الذي هو قوت الناس، والقَتّ الذي هو قوت البهائم، وليس في الثياب والأرز والعسل والسمن والزيت حُكْرة، وقال أبو يوسف: في الزيت حُكرة.

وجهُ قول أبي يوسف: أن كل ما يتقوت به في الغالب فاحتباسه احتكار كالحنطة، ومحمدٌ يقول: ما يقع قِوام الأبدان بغيره فليس باحتكار، كالثياب.

فأمَّا قول محمد: أنَّ حبس الأرز ليس باحتكار، فهذا محمولٌ على البلاد التي لا يتقوتون فيها، فأما المواضع التي هو قوتهم [مثل طبرستان] فهو احتكار.

فأمَّا الثياب فلأنَّ قوام الأبدان وبقاء الحياة لا تقف عليها.

قال أبو يوسف: والاحتكارُ أن يحبسه عنده أكثر السنة، فإن حبسه شهراً فإثمه على قدر ما يحبسهُ؛ وذلك لأنَّ الحبس ممنوعٌ منه لما فيه من إلحاق الضرر، فاعتبر المدة التي يلحق فيها الضّررُ غالباً(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/١٠٠، ١٠١؛ مختصر القدوري ص ٥٩٥.

بَابُ
بيع التَّلْجِئَة



قال: التَّلْجِئَة[1] في اللغة ما ألجيء إليه الإنسان بغير اختياره، فلما كان هذا العقد لا يعقد إلا للضرورة سَمَّوه تلجئة.

وجملة هذا: أن التلجئة في البيع علىٰ ثلاثة أضرب إن كانت في نفس البيع، مثل: أن يخاف الرجل السُّلطان، فيقول لرجل آخر: إني أظهر أني بعت داري منك، وليسَ ببيع في الحقيقة، وإنما هو تلجئة، وأشهد علىٰ ذلك، ثم يبيعها في الظاهر، ولا يشترط شيئاً.

فحكىٰ معلىٰ، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أن العقد جائز، وروىٰ محمدُ في الإملاء: أن البيع باطل، ولم يحك خلافاً، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وجهُ رواية معلىٰ: أن ما شرطاه في السِّرّ لم يذكراه في العقد، وما عقداه صحيح بشرائطه، فلا يؤثِّر فيه ما تقدَّم من الشروط، كما لو اتَّفقا علىٰ أن يشرطا شرطاً فاسداً ثم باعا من غير شرط.

وجهُ رواية محمد: أنَّهما اتَّفقا علىٰ أنَّهما لم يقصدا إلىٰ العقد، فصارا كالهازلين به، فلا ينعقد.

(١) التلجئة: هو أن يضطر لأن يأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره. انظر المغرب (لجأ).

والفصل الثاني: أن تكون التلجئة في البدل، وهو أن يتَّفقا في السرِّ أن الثمنَ ألف، وأنَّهما يتبايعان في الظاهر بألفين، فروىٰ معلىٰ عن أبي يوسف: أن الثمن ثمن العلانية، وروى محمد في الإملاء: أن الثمن ثمن السرِّ من غير خلاف، وهو قولهما.

وجهُ رواية معلىٰ: أن الثمن المذكور في العقد يصحُّ العقد به، وما ذكرا في الباطن لم يعتداه[1] في حال العقد، فسقط حكمه، كما بيَّنَّا.

وَجْهُ رواية محمد: أنَّهما اتَّفقا أنَّهما لم يقصدا إلىٰ الألف الزائدة [في حال العقد]، فكأنَّهما هزلا بها وبين، [فيسقط حكمها لما بيّنّا].

والفصل الثالث: أن يتَّفقا في الباطن أن الثمن ألف، وتبايعا في الظاهر بمائة دينار، قال محمد في الإملاء: كان القياسُ أن يبطل العقد، والاستحسانُ أن يصحَّ بمائة دينار، ولم يحكِ مُعَلىٰ هذه المسألة.

وجهُ القياس: أن ثمن الباطن لم يذكراه في حال العقد، والثمن المذكور في العقد لم يقصداه، فسقطا، وبقي بيعٌ بلا ثمن فلا يصحُّ، إلَّا أنَّهم استحسنوا فقالوا: لم يقصدا إلىٰ بيع باطل، وإنما قصدا إلىٰ بيع جائز، [فوجب حَمْله علىٰ الصحة ما أمكن]، ولا يمكن تصحيحه إلا بثمن العلانية، فكأنَّهما أضربا[2] عما شرطاه في الباطن، فتعلَّق الحكم بالظاهر، كما لو اتَّفقا أن يبيعا بيعَ تلجئة، فتواهبا، وليس هذا كما لو أظهرا ألفين، [وفي الباطن ألفًا، حيث يجب ألف]؛ لأن الثمن المشروط في الباطن مذكور في العقد، فتعلق العقد به.

وأمَّا في النكاح [إذا اتفقا في الباطن أن المهر ألف، وأظهر مائة دينار، فلها

(١) في ب (يعيداه).
(٢) في ب (أعرضا).

مهر مثلها؛ لأن المذكور في الباطن لم يذكر في حال العقد، والمذكور في العقد اتفقا أنهما لم يقصداه، وإنما هزلا به، فسقط، وسقوط البدل في النكاح] لا يُبطله، فلم يكن بنا ضرورة إلىٰ إثبات مهر العلانية، فوجبَ لها مهر مثلها.

١٢٦٨ ـ فَصل: [الخيار في بيع التلجئة]

قال أبو الحسن في بيع التلجئة، قال محمد: هما بالخيار، فإن أجازه أحدهما لم يجز، [وإن] أجازاه جَاز؛ وذلك لأنَّ التلجئة عقد لم يقصد فيه زوال الملك، فهو كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين، فلا يصحُّ إلا بتراضيهما.

قال محمد: فإن قبض المشتري العبد، فأعتقه، لم يجز، ولا [يشبه][1] هذا الإكراه، وذلك لِمَا بيَّنّا أن شرط التلجئة كشرط الخيار، ولو قبض المشتري، والخيار للبائع، لم يجز عتقه [كذلك هذا].

فأمَّا الإكراه [فيؤيد به إذا أكره][2] البائع علىٰ البيع والتسليم، فأعتقه المشتري جَاز، وإن باعه لم يجز؛ لأنَّ البيعَ تسليط علىٰ العتق، فالبيع والعتقُ بالإكراه يقع، فكذلك يقع بتسليط المكرَه، والبيعُ بالإكراه لا يقع، فكذلك لا يُستفاد بتسليط المُكره.

١٢٦٩ ـ فَصل: [الاتفاق بالإقرار ببيع لم يكن]

وإن اتَّفقا أن يُقِرّا ببيع لم يكن، فأقرَّا بذلك، واتَّفقا أنَّه لم يكن، فالبيع باطلٌ، ولا يجوز بإجازتهما؛ لأنَّ الإقرار إخبار، فإذا لم يكن له حقيقة، وإنما

---

(١) في أ (شبهة) والمثبت من ب.

(٢) في أ (فيزيد به إذا أقره) والمثبت من ب.




هو كذب لم يتعلَّق به حكم، والإجازة إنما تلحق [عقدًا مبتدأً، ولم يوجد هاهنا].

١٢٧٠ - فَصْل: [المتبايعان يدعي أحدهما التلجئة]

وقد قالوا في المتبايعين يَدَّعي أحدهما التلجئة لم يُقبل قوله، ويُستحلف الآخر؛ لأنَّه يدَّعي فسخ العقد بعد انعقاده في الظاهر.

فإنْ أقام بيِّنةً قُبِلَ قولُه؛ لأنَّه أثبت الشرط بالبيِّنة، فهو كما لو أثبت الخيار، وهذا على الرواية التي تَقول أنَّ الشرط في الباطن يؤثِّر، فأمَّا على الرواية التي جعل العقد عقد الظاهر، فهذه الدعوى لا يُلتَفتُ إليها؛ لأنَّها لو صحَّت لم تؤثِّر في البيع. والله أعلم.



بَابُ
بيع بيوت مكة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: روىٰ أبو يوسف ومحمد، عن أبي حنيفة: أن بيْعَ بناء بيوت مكَّة جائزٌ، ولا يجوز بيع الأرض، وإجارة البناء جائزةٌ، ولا يجوز إجارة الأرض، وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أن بيع دور مكَّة جائزٌ، وفيها الشفعة، وتكره إجارتها في الموسم.

وقال الشافعي: بيع أراضي مكَّة جائز(١).

والدليل عليه: ما روىٰ أبو حنيفة، عن عبد الله بن أبي زياد، [عن أبي نجيح] عن عبد الله بن عمر، أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «مكَّة حرامٌ من حرم الله، وبيع رِبَاعها حرام»(٢)، وذكر الدار قطني بإسناده: عن عبد الله بن عمر، أنَّ النبيَّ عليه السلام قال: «مكَّة مباحٌ لا يباع رباعها، ولا يؤاجر بيوتها»(٣)، وروي (**أنَّها تُدعىٰ علىٰ عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر: السوائب، من شاء سكن، ومن استغنىٰ أسكنَ**)(٤)؛ ولأنَّها بقعة من بقاع الحرم، أو بقعة يحرمُ الصيد فيها كالمسجد؛

---

(١) انظر: الجامع الصغير ص٣٩٤؛ أحكام القرآن للجصاص ٣/٢٣٠؛ المجموع ٩/٢٦٩.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٦١؛ والبيهقي في الكبرىٰ وقال: «كذا روي مرفوعًا، ورفعه وهم، والصحيح أنه موقوف» ٦/٣٥؛ والدارقطني ٣/٥٧؛ والدراية ٢/٢٣٥؛ ونصب الراية ٤/٢٦٥.

(٣) أخرجه الفاكهي في أخبار مكة ٣/٢٤٣؛ انظر: فتح الباري ٣/٤٥٠.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٣١٠٧)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، وقال: «هذا منقطع» ٦/٣٥؛ والدارقطني ٣/٥٨؛ والفاكهي في أخبار مكة ٣/٢٤٤؛ والدراية ٢/٢٣٧؛ نصب الراية ٤/٢٦٨.




ولأنَّها لا يجوز دخولها لمن يُريد النسك إلا بإحرام، فلا يجوز بيعها كالصفا والكعبة، والمروة وموضع السعي.

وأمَّا ما رويَ أنَّ النبيَّ ﷺ لما دخل عامَ الفتح، قيل له: ألا نزلت دارك، فقال: «وهل ترك لنا عقيل من رَبْعٍ»[1]، وقد كان عقيل لمَّا هاجرَ رسول الله ﷺ باع دوره، فلا دلالة فيه على أصل مخالفنا؛ لأنَّ عنده أن الحربي لا يملكُ مال المسلم بالغَلَبة [والقَهْر]، فكيف يجوز البيع؟ فأمَّا على أصلنا: فإنَّه باع البناء فملكه المشتري، فلو سكن رسول الله ﷺ لاستظل ببناءٍ لا يملكه؛ فلذلك لم يسكن.

وأما جواز بيع البناء؛ فلأن البقعة لا يجوز بيعها، لأنها وقف حرّمه إبراهيم عليه السلام، والبناء ملك لمن أحدثه فيجوزُ تصرُّفه فيه.

فإن قيل: إذا بنوا من طين الأرض، والطين من جملة الأرض الوقف كان البناء منه.

الجواب: من أخذ طين الوقف فعمله لبناءٍ، مَلَكه بذلك، وصار كسائر أملاكه؛ [فلذلك جاز بيعه].

وجه الرواية الأخرى؛ فلأن الناس يتبايعونها في سائر الأعصار [من غير نكير].

١٢٧١ - فَصْل: [بيع أرض الخراج]

قال أبو الحسن: بيع أرض الخراج جائز، وإنما نعني بذلك: أرض السواد

(١) الحديث أخرجه البخاري (٢٨٩٣)؛ ومسلم (١٣٥١).

التي وضع عمر رضي الله عنه عليها الخراج، وهذه الأراضي عندنا أُقِرَّ أهلها عليها، وبقاؤُها علىٰ ملكهم، فانتقلت عنهم إلىٰ يومنا.

وقد اختلف قول الشافعي [في أحد أقواله]: قال: إن عمر وقفها علىٰ المسلمين، فعلىٰ هذا القول: لا يجوز بيع شيءٍ من أرض العراق، وقال في قول آخر: إنَّه باعها منهم بالخراج، فالخراج المأخوذ منهم ثمن، وقال في قول ثالث: إنَّه أجَّرها بالخراج، فالخراج أجرة، والأراضي غير مملوكة لأرباب الخراج، والدليلُ علىٰ ذلك: أن السلف رضي الله عنهم ملكوا أرض السواد، وابتاعوها، فاشترىٰ الحسن بن علي رضي الله عنهما أرضاً بالكوفة، واشترىٰ ابن مسعود أرضاً براذان، وقال: وبراذان ما براذان[1]، وبالمدينة ما بالمدينة[2]، وهو فعل المسلمين [من غير نكير] في سائر الأعصار، فمن منع منه فقد خالف الإجماع.

وهذا علىٰ أصلنا: أنَّ الإمام إذا فتح بلداً جاز أن يُقرَّ الناس علىٰ أملاكهم، ولا يقسمها بين المسلمين، وكذلك فعل عمر رضي الله عنه، وإذا كانت ملكاً جاز بيعها.

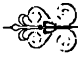
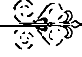
١٢٧٢ ـ فَصْل: [ملكية أرض القطيعة]

قال أبو الحسن: وكذلك أرض القطيعة وإنما يعني بذلك: الأرض التي أقطعها الإمام لقومٍ وخصَّهم بها من جملة المَوَات، فيملكونها بالقطيعة، ويجوز

---

(١) «راذان: موضع قريب من بغداد بيومين، ومنه ما ذكر القدوري في بيع أرض الخراج: أن ابن مسعود اشترىٰ أرضًا براذان». المغرب (راذان).
وما ذكر المطرزي عن ذكر القدوري في شراء ابن مسعود رضي الله عنه أرضًا برذان، فهو يعني هذا الكتاب.

(٢) أخرجه الهيثمي في موارد الظمآن، ٦١٢/١؛ وأحمد في المسند ٤٢٦/١؛ وأبو يعلىٰ في مسنده، ١٢٦/٩؛ والطيالسي في مسنده ٥٠/١.

فيها تصرُّفهم، (وقد [أقطع] رسول الله بلال بن الحارث المعادن القبلية)[1]، [فدلّ ذلك على جواز هذا الفعل].

قال أبو الحسن: وبيع أرض المزارعات والأخاذات والأكارات، إذا باع ذلك صاحب الأرض جاز، وفيها الشفعة، فإن باع الذي له أخاذتها وأكارتها فالبيع باطل، ولا شفعة فيه[2]، وإنما عنيَ بأرض المزارعة: الأرض التي تكون لرجل فيدفعها إلى من يزرعها، ويقوم بها.

وأمَّا الأخاذة: فهي لرجل يأخذ أرضاً خراباً من صاحبها، فيعمرها ويزرعها.

والأكارة: هي الأراضي التي [في] أيدي الأَكَرَةِ يزرعونها.

فبيع صاحب الأرض في جميع ذلك جائز؛ لأنه مالك، وأما صاحب الأخاذة فإنما له العمارة؛ وذلك معنى لا يتقوم، فلا يجوز بيعه.

١٢٧٣ - فَصْل: [بيع الأرض المُحْيَاة]

قال وبيع الأرض المحياة بإذن الإمام جائز، وبغير إذن الإمام لا يجوز، وهذا على أصل أبي حنيفة: أن الموات لا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إحياؤه بغير إذنه، وبه قال الشافعي[3].

وجهُ قول أبي حنيفة: ما روى معاذ أنَّ النبي ﷺ قال: «ليسَ للمرء إلا ما

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (أن رسول الله ﷺ أخذ من معادن القبلية الصدقة وأنه أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع....) ٤/٤٤؛ والبيهقي في الكبرى، ٤/١٥٢، ٦/١٤٨.

(٢) في ب (والشفعة لا يجب فيها).

(٣) انظر: رحمة الأمة ص١٥٦.

طابت به نفسُ إمامه»[1] ، يعني الموات ؛ ولأنَّ الإمام يَملك إقطاعها ، وتخصيص الواحد بها وما ملك الإمام إفراد الواحد به ، لم يجز الانفراد به إلا بإذنه كمال بيت المال ، وعكسه الملح والماء.

وجهُ قولهما: قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميْتةً فهي له»[2] ، وإذا ثبت من أصل أبي حنيفة: أن المحياة بغير إذن الإمام لا يملك ، لم يجز بيعه ، فأما المحياة بإذن الإمام فمملوك بإجماع ، فيجوز بيعه.

١٢٧٤ ـ فَصْـل: [بيع حوانيت السوق التي للسلطان]

قال أبو حنيفة: وبيع دور بغداد ، وحوانيت السوق التي للسلطان عليها غلَّة ، لا يجوز ولا شفعة فيها ، وهذه كانت معروفةً بمدينة السَّلام ، بناها المنصور ، ولم يُقطعها ، وأذن للناس في بنائها ، وضربَ عليها أجرةً ، يأخذها منهم ، فالأرض ليست بمملوكة لصاحب البناء ، فلا يجوز بيعها[3] .



(١) «رواه الطبراني وفيه ضعف من حديث معاذ» كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٤٠.
(٢) أخرجه البخاري معلقًا ، ومرفوعًا بمعناه (٢٢١٠) ؛ وبلفظه أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) ؛ والنسائي في الكبرىٰ (٥٧٦٠) ؛ ومالك في الموطأ (١٤٢٤) ؛ وابن حبان في صحيحه ٢٧٨/١١ ؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٤٣/٦ ؛ وأحمد في المسند ٣٨١/٣ ؛ وقال الهيثمي: «رواه الطبراني في الأوسط ، وفيه مسلم بن خالد الزنجي وثقه ابن معين وغيره وضعفه أحمد وغيره» ٤/١٥٨.
(٣) انظر: التجريد ، ٦٢٣٣/٥ وما بعدها.

بَابُ
بيع المُحْرِم الصيد



قال أبو الحسن: لا يجوز أن يملكَ مُحْرِمٌ صيْداً ببيع أو غيره، ولا يملِّكه ببيع ولا غيره، والأصل في ذلك: أنَّ المحرم لا يملك بالاصطياد؛ لأنَّه منهيٌّ عنه، قال اللهُ تعالىٰ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقال: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦]، وقال جل ثناؤه: ﴿لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤]، وقال رسول الله ﷺ في وصيَّة المحرم: «ولا تدل علىٰ صيد ولا تَشِرْ إليه»(١)، فإذا كانت جهةُ التمليك محرمةً لم يملك بها كالبيع الفاسد، وإذا ثبت أنَّه لا يملك بالاصطياد، فكذلك بالشراء؛ لأنَّ كل واحد منهما سبب لتمليك الصيد.

وإذا لم يجز له الشراء، لم يجز [له] البيع فيما علىٰ ملكه من الصيد؛ لأنَّ كل مال لا يجوز شراؤه لا يجوز بيعه [كالدم والميتة].

١٢٧٥ـ فَصْل: [بيع صيد في الحرم]

قال: ولا يجوز بيع صيدٍ في الحرم، مُحْرِمٌ باع أو حلالٌ؛ وذلك لأنَّ الحرم يؤثر في تحريم الاصطياد، [كتأثير] الإحرام فجريا مجرىٰ واحداً.

(١) وأصله في البخاري (قال: منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها، قالوا: لا، قال: فكلو ما بقي من لحمها) (١٨٢٤)؛ ولمسلم (هل أشار إليه إنسان أو أمره بشيء؟ قالوا: لا، قال: فكلوه) (١١٩٦).

١٢٧٦ ـ فَصْل: [بيع الحلال لحلال صيدًا في الحرم]

قال: فإن باع حلال حلالاً وهما في الحرم صيداً في الحل، جاز ذلك في رواية الحسن عن أبي حنيفة، وقال محمد عن نفسهِ: لا يجوز.

وجهُ قول أبي حنيفة: أن الحلال في الحرم لو أمر بإتلاف صيد الحل جَاز، فالعقد عليه دون إتلافه، فهو أولىٰ بالجواز.

وجه قول محمد: أن العاقد [قد] ثبت له حرمة الحرم، [وحرمة الحرم يتعلق بها تحريم الاصطياد] فهو كما لو ثبت له حرمة الإحرام.

وقد روىٰ ابن سماعة عن محمد: فيمن أحرمَ وفي يده صيدٌ لغيره، فباعه مالكه وهو حلال، جَازَ، ويجبرُ المُحْرِم علىٰ تسليمه وعليه الجزاء إن تلف؛ وذلك لأنَّ البائع ليس بمُحرم، وقد عقد علىٰ ملك نفسه، والصيد أمانة في يدِ المُحرم، والإحرام لا يمنع من وجُوب ردِّ الأمانة، إلا أنَّه يضمن إذا تلف؛ لأنَّه صَارَ مضموناً عليه بالإمساك، فلا يبرأ من الضمان مع بقاء الإحرام إلا بالإرسال.

١٢٧٧ ـ فَصْل: [توكيل محرم حلالاً ببيع صيدٍ]

قال أبو الحسن: وإن وَكَّل مُحْرِمٌ حلالاً ببيع صيد له، فباعه من حلال في الحل وليس الصيد في الحرم، ولا المتعاقدان، فإنَّه جائز في قياس قول أبي حنيفة، وباطل عند أبي يوسف ومحمد.

وهذا فرع علىٰ اختلافهم في المُسلم إذا وكل كافراً في بيع خمرٍ، جاز عند أبي حنيفة؛ لأنَّه يُعتبر ممّن يتعلّق حقوق العقد به، فكذلك في مسألتنا الحقوق

متعلِّقة بالوكيل، وهو ممن يجوز عقده على الصيد، فلم يعتبر المالك كالعبد المأذون إذا باع الصيدَ ومولاه مُحْرِمٌ.

وجهُ قولهما: أن المحرم لا يملك بيع الصيد، وما لا يملكه لا يملك الأمر به.

وقد قالوا على هذا الأصل: إذا وَكَّل حلالٌ حلالاً ببيع صيد، ثم أحرم الآمر، فقياس قول أبي حنيفة: أن البيع جائز على حاله؛ لأنَّ الإحرام الطارئ كالموجود في الابتداء.

قال محمد: وأمَّا في قول أبي يوسف وقولنا، إذا أحرم الآمر قبل أن يقبضه المشتري فالبيع باطل؛ لأنَّهما جعلا طريان هذا المعنى قبل القبض، كوجوده حال العقدِ.

١٢٧٨ - **فَصْل**: [شراء حلالٍ من حلال صيدًا]

وإن اشترى حلالٌ من حلالٍ صيداً، فلم يقبضه حتَّى أحرم أحدهما، انتقض البيع في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وهذه رواية الجامع الكبير؛ وذلك لأنَّه طرأ على العقد قبل القبض ما أوجب تحريم مثل ذلك العقد، فصار كتحريم الربا لما نزل أبطله رسول الله ﷺ مما لم يقبض، وأجاز ما قبض.






بَابُ
تحريم بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها



قال أبو الحسن: بيع جميع الثمر الموجود في شجرة جائز، وكذلك سائر الغلات من الحنطة والشعير والسمسم إذا كان مَوجوداً، وإن كان قبل بدو صلاحها إذا لم يشترط الترك، اشترط أخذ ذلك من وقته أو لم يشرط.

وقال الشافعي في الثمار التي لم يبدو صلاحها: إن اشتراها بشرط القطع جاز، وإن أطلق العقد لم يجز(١).

لنا: ما روي أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «من باع نخلاً مؤبَّراً فثمرته للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» **فجعله للمبتاع بالشرط**، وهذا بيعُ ثمرة لم يبد صلاحها.

ولأنَّ كل ثمرة جازَ بيعها بشرط القطع جاز بيعها مطلقاً، كالتي بدا صلاحها، وما رُويَ أنَّ النبي ﷺ «**نهى عن بيع الثمارِ قبل بدو صلاحها**»؛ معناه: إذا باعها [مدركة] قبل إدراكها، بدلالة قوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة، بم يستحل أحدكم مال أخيه؟»، وهذا لا يكونُ إلا والعقد قد وقع على ما لم يُوجد حتَّى يصحَّ أن يمنعه الله تعالى.

١٢٧٩ ـ فَصْل: [اشتراط الترك في العقد]

فأمَّا إذا اشترط في العقد تركها، فالعقد فاسد؛ لأنَّه نفى التسليم الذي أوجبهُ

---

(١) لا يجوز من غير شرط القطع عند الثلاثة، وعند أبي حنيفة يجوز مطلقاً. انظر: المهذب ٣/٦١٢؛ الروضة ٥/٢٧٨؛ رحمة الأمة ص١١٢.

العقد، وشرط الانتفاع بملك البائع على وجهٍ لا يقتضيه العقد، فصار كما لو اشترى حنطةً وشرط تركها في دار البائع [إلى مدة].

١٢٨٠ ـ فَصْل: [البيع المطلق بعد بدو الصلاح]

وأمَّا إذا بدا صلاحها، فإنْ باعها مطلقاً أو شرط القطع جَاز، وإن شرطَ التركَ لم يجز العقد، وقال الشافعي: يجوزُ.

لنا: أنَّها ثمرة يجوزُ بيعها بشرط القطع، [ففسد][1] بيعها بشرطِ الترك كالتي لم يبد صلاحها؛ ولأنَّه شرط الانتفاع بملك البائع على وجهٍ لا يقتضيه العقد، فصارَ كمن اشترى متاعاً وشرط تركه في ملكِ[2] البائع.

١٢٨١ ـ فَصْل: [اشتراط الترك بعد التناهي]

فإن تناهى عظمها فاشتراها بشرط الترك، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، و[قال] محمدٌ: يجوز استحساناً.

وجهُ قولهما: أنَّه شرط الانتفاع بملكِ البائع على وجهٍ لا يقتضيه العقد، فأشبه ما ذكرنا.

وجهُ قول محمد: إنَّ الناسَ يفعلون هذا في سائر الأعصار، وهو موضع ضرورة، وفرق بين ما تناهى عظمها وما لم يتناه؛ لأن ما لم يتناه يحدث [فيها أجزاء بعد][3] البيع، فإذا شرط [الترك] فقد شرط [الأجزاء][4] المعدومة

(١) في أ (فقد) والمثبت من ب.
(٢) في ب (دار).
(٣) في أ (فيه أحد) والمثبت من ب.
(٤) في أ (الآخر) والمثبت من ب.

[فيفسد العقد] وما تناهىٰ عظمها لا يزيد بعد ذلك ، وإنما يَنقصُ ، فلم يكن شرطًا لمعدوم [في العقد ، فلا يفسد] .

١٢٨٢ ـ فَصْـل: [الترك علىٰ النخل بعد الشراء المطلق]

قال: فإن اشترىٰ شراءً مُطلقاً وتركها علىٰ النخل من غير شرط حتىٰ بلغ ، فإن كان ذلك بإذن البائع ، جَاز وطابَ له الفضل ، وإن كان بغير إذن البائع تصدق بما زاد في الثمر ؛ لأنه إذا أبقاه بإذنه فقد حصل له الفضل من وجه مباح ، وإذا أبقاه بغير إذنه ، فقد حصل له الفضل من وجه محظور .

١٢٨٣ ـ فَصْـل: [نتاج النخل والشجر في مدة الترك مرة أخرىٰ]

وإن أخرج النخل والشجر في مدّة الترك [مرَّة أخرىٰ] ، فذلك كلُّه للبائع ، [سواء] أكان الترك بإذنه أو بغير إذنه ، فإن حَلَّله البائع ، جَاز ؛ وذلك لأنَّ الحادث من الثمرة لم يقع عليه العقد ، وإنما هو نماء من ملك البائع ، فكانَ له .

١٢٨٤ ـ فَصْـل: [الاختلاط بين الحادث والموجود من الثمرة]

وإن اختلط الحادثُ بالموجود حَتىٰ لا يُعرف ، فإن كان قبل أن يخلي بين المشتري وبين الثمرة فسد البيع ؛ لأنَّ المبيعَ اختلط بغيره ، فتعذر القبض [فيه ، وتعذّر القبض في المبيع] يفسد البيعَ .

فإن كان ذلك بعد التخلية لم يفسد البيع ، وكانت الثمرة بينهما ، و[كان] القول في الزيادة قول المُشتري ؛ لأنَّ البيع استقرَّ فيها بالقبض ، فاختلاطها لا يوجبُ فسخ العقد فيها .

١٢٨٥ ـ فَصْل: [الترك على الشجر وقد تناهى عظمها بغير رضا البائع]

قال: وإن اشترى ثمرةً قد تناهى عظمها فتركها على الشجر بغير رضا البائع، لم يتصدَّق بشيء؛ لأنَّها لا تزيد بعدَ التناهي، وإنما تنقص، فلم يحصل له الزيادة في وجهٍ محظورٍ.

١٢٨٦ ـ فَصْل: [شرط الترك في ثمرة قد بدا صلاح بعضها]

فإن اشترى ثمرةً قد بدا صلاحُ بعضها وصلاح باقيها يتفاوت(١)، وشرط الترك جَاز عند محمد؛ وذلك لأنَّه جَوّز الترك(٢) بالعادة، وفي العادة أنَّ الثمرة يُدرك أكثرها، ويتلاحقُ باقيها، فصار كأنَّها كانت مُدركة.

وأمَّا إذا كان إدراك بعضها يتأخَّرُ عن بعضٍ تأخراً كثيراً، جَاز البيعُ فيمَا قد أدركَ، ولم يجز في الباقي عنده، وهذا يكون في العنبِ غالباً؛ لأنَّ بلاغ الأسودِ يتقدَّمُ ويتأخَّر بلوغ باقيه تأخُّراً كثيراً، فصار كالجنسين من الثمر إذا بلغ أحدهما ولم يبلغ الآخر، [فيجوز البيع منه ما قد بلغ بشرط الترك عنده، دون ما لم يبلغ].

١٢٨٧ ـ فَصْل: [بيع ما يوجد من الثمر بعضه دون بعض]

وأمَّا ما يوجدُ من الثمرِ بعضهُ دون بعضٍ(٣) [مثل البطيخ والباذنجان]: [فقال أصحابنا: يجوزُ بيعُ مَا ظهرَ منه، ولا يجوزُ بيع ما لم يظهر].

(١) في ب (متقاربة).

(٢) في ب (جرت العادة بالترك).

(٣) في ب (بعضه في بعض).

وقال مالك: إذا ظهر القسم الأوَّل جاز بيع الجميع[1].

وهذا ليسَ بصحيح؛ لأنَّ مَا لم يظهر مَعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز، فإذا شرط في العقد أبطله [كما لو باع الأول قبل أن يظهر].

ولا يجوز أن يقال هذا موضع ضرورة؛ لأنَّه لا ضرورة فيه.

وإذا أراد الإنسان أن يعقد عليه عقداً جائزاً، باع الأصل بما فيه من الثمر، فكل ما يتولَّد من الأصل الذي ابتاعهُ يحدثُ على مِلكهِ[2].



(١) انظر: القوانين ص٢٨٧.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٩/٣ وما بعدها؛ التجريد ٢٣٩٣/٥ وما بعدها.

[٣٥] أبوابُ الخِيَارِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا شُرط في المبيع خيار[١]، فهو جائز إذا كانت مدة الخيار ثلاثة أيام أو أقل، وإن كان أكثر من ذلك، لم يجز البيع في قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان وقتاً معلوماً جَاز.

قال: والأصل في ذلك [أن] القياس يمنع جواز شرط الخيار؛ لأنَّه ينفي الملك، والملكُ موجبُ العقد، ونفي موجبُ العقد لا يصحُّ، أصله (سائر موجبات العقد)[٢]؛ ولأنَّه لو نفىٰ الملك علىٰ التأبيد لم يجز، فإذا نفاه في مدَّةٍ لم يجز كالتسليم، وإنما تركوا القياس لما رُوِيَ أن حِبَّان بن منقذ كان يُغبن في البيع، فقال له رسول الله ﷺ: «إذا بايعت فقل: لا خِلابة[٣] ولي الخيار ثلاثاً»[٤]، فجوَّزوا هذا القدر [من المدة] للخبر، فما سواه علىٰ أصل القياس.

وجهُ قولهما: أنَّها مدَّة ملحقة بالعقد، فلم تتقدَّر كالأجل. والله أعلم.

---

(١) الخيار لغة: اسم مصدر من اختار يختار اختيارًا، ويردُ علىٰ ألسنة الفقهاء في المعاقدات بمعنىٰ: حق العاقد في اصطفاء خير الأمرين له: إمضاء العقد أو فسخه، كما قالوا: «هو طلب خير الأمرين، وإمضاء البيع أو فسخه»». انظر: المصباح (خير)؛ المطلع علىٰ أبواب المقنع ص ١٢٩.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) خِلابة: من خلبه يخلبه: إذا أخدعه، والاسم: الخِلابة بالكسر. انظر: المصباح (خلب).

(٤) الجزء الأول من الحديث أخرجه البخاري (٢٠١١، ومواضع أخرىٰ)؛ ومسلم (١٥٣٣)؛ والحديث بلفظه أخرجه الحاكم في المستدرك من حديث ابن عمر كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٦.

١٢٨٨ ـ فَصْـل: [شرط الخيار للعاقدين]

فإذا ثبت هذا قلنا: ويجوز شرط الخيار للبائع والمشتري؛ لأنَّه إنما جَاز للارتياء، وهذا المعنىٰ يحتاج إليه كُلٌّ واحد منهما.

١٢٨٩ ـ فَصْـل: [موت مَن له الخيار]

قال أبو الحسن: فإن مات الذي له الخيار تَمَّ البيع من قِبَلِه، وجاز عليه أيهما كان، فإن كانا جميعاً بالخيار فمات أحدهما، جاز البيع من قِبَلِه والآخر علىٰ خياره، فإن ماتا جاز عليهما.

وقال الشافعي: خيار الشرط يورث، فثبت خياره للورثة، كما كان ثابتاً للمورث، واختلف قوله في المدَّة، فقال في أحد قوليه: لا يُحتسب عليهم بالمدَّة التي مضت قبل أن يعلموا بالموت والخيار، وقال في القول الآخر: يُحتسب بها عليهم إلا أنَّهم إذا علموا فسخوا عند علمهم وإن مضت المدَّة(١).

لنا: أنَّه خيار يثبت في فسخ عقد من غير نقض، فلا يورث، كالرجوع في الهبة؛ ولأنَّه حقٌّ ليسَ في معنىٰ المال، والوثيقة كالوكالة والمضاربة؛ ولأنَّ النبيَّ ﷺ أثبت الخيار ثلاثة أيام، وعلىٰ قولهم يثبت أكثر من ذلك، وهذا ضد الخبر، وإذا ثبت أن الخيار لا يورث، انقطع بموت من له الخيارِ، وقطع الخيار يوجبُ تمام العقد [كانقضاء المدة].

---

(١) قال الشيرازي: «... انتقل الخيار إلىٰ من ينتقل إليه المال؛ لأنه حق ثابت لإصلاح المال، فلم يسقط بالموت». المهذب ٣/١٧.
وفي رحمة الأمة: «وإذا مات من له الخيار في المدة: انتقل خياره إلىٰ وارثه عند الثلاثة، وقال أبو حنيفة: يسقط الخيار بموته» ص١٠٦.

١٢٩٠ ـ **فَصْـل**: [انتهاء مدة الخيار]

قال: وكذلك إذا مضىٰ وقت الخيار قبل الإجازة أو النقض، تمَّ البيع وبطل الخيار؛ وذلك لأنَّ الخيار عندنا يشرط للفسخ لا للإجازة، فإذا فات الفسخ بمضيِّ وقته تَمَّ العقد، وقال مالك: الخيار يشرط للإجازة، فإذا مضت المدَّة فاتت الإجازة، فبطل العقد(١).

والدليل علىٰ أنَّه مشروط للفسخ: أنَّه لو كان للإجازة لتعلَّقت الإجازة بخطر، والإجازة لا يجوز تعليقها بالأخطار، وليسَ كذلك الفسخ؛ لأنَّه يجوز فيه ما لا يجوز في الإجازة، ألا ترىٰ أنَّ الفسخ يجوز في عبد حيٍّ وعبد ميِّتٍ، وإن كانت الإجازة لا تجوز في ذلك.

ولأنَّ إطلاق البيع يُوجب الملك، وإنما يعترض الخيار فيمنع من موجب العقد، فإذا سقط بمضيِّ المدَّة؛ فكأن لم يكن، فيبقىٰ موجَب العقد بحاله [وهو المِلك].

١٢٩١ ـ **فَصْـل**: [إجازة من له الخيار بغير محضر من صاحبه]

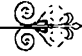
فإن أجاز الذي له الخيار بغير محضر من صاحبه جَاز، وإن نقض لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد، وجاز عند أبي يوسف، [وبه قال الشافعي](٢).

وجهُ قولهما: أنَّه فسخ عقد بلفظ موضوع له، فلا يصحّ من أحد المتعاقدين مع غيبة الآخر، كقبول الإقالة، وقد وافقنا أبو يوسف في الفسخ بخيار العيب إنَّه

---

(١) انظر: المدونة ٢٣٨/٣؛ التفريع ١٧٢/٢؛ الشرح الصغير للدردير ١٤٢/٣.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص١٧١؛ المهذب ١٥/٣؛ رحمة الأمة ص١٠٦.




لا يجوز مع غيبة الآخر[1]، كقبول الإقالة البائع، وخالفنا الشافعي فيه.

والدليل عليه: أنَّ خيار العيب لا يمنع من انتقال الملك، فإذا فسخ المشتري فإنما ينتقل المبيع من ملكه إلىٰ ملك البائع، وهذا لا يجوز إلا بالتراضي، أو بثبوت ولاية، ولم يوجد واحد من الأمرين، ولأنه فسخ عقد لنقض، فلا يملكه أحدُ المتعاقدين مع غيبة الآخر، كالفسخ بالعُنَّة.

وجْهُ قول أبي يوسف: أنَّ الخيار يثبت حق الفسخ والإجازة، فإذا كانت الإجازة تجوز بغير حضور المتعاقدين، فكذلك الفسخ.

وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّ الإجازة إيفاء حقِّ البائع، والفسخ إسقاطه[2]، وليس إذا جاز أن يثبت له حقّ مع غَيْبته، جَاز أن يسقط به حقٌّ، ألا ترىٰ أن مَن أقرَّ لغائب بدين جَاز، ولو أسقط [دينه] لم يجز؛ [للمعنىٰ الذي ذكرنا، فكذلك هذا].

١٢٩٢ ـ فَصْل: [هلاك السلعة في يد البائع قبل القبض]

وإن هلكت السلعة في يَدي البائع قبل القبض؛ انتقض البيع، كان الخيار لهما، أو لأحدهما، ويهلك من مال البائع، ولا ضمان علىٰ واحد منهما؛ وذلك لأنَّ هلاك المبيع قبل القبض في البيع [البتات][3]، قد بينا أنَّه يُبطل البيع، ويهلك علىٰ ملك البائع، ففي [بيع] الخيار أولىٰ.

قال: وإن [هلك][4] المبيع في يد المشتري، فإن كان الخيار له تم البيع

---

(١) في ب (غيبة البائع) فقط.
(٢) في ب (إسقاط حقه).
(٣) في أ (الثابت) والمثبت من ب.
(٤) في أ (هلاك) والمثبت من ب.

وبطل الخيار، ولزمه الثمن؛ وذلك لأنَّ الهالك يصير معيباً عند ابتداء الهلاك، وما شرط فيه الخيار للمشتري إذا عابَ في يده بطل خياره؛ لأنَّه لو لم يبطل ردَّه إلىٰ ملك البائع معيباً بعيب لم يكن [عنده]، وهذا لا يجوز.

١٢٩٣ـ فَصْل: [حدوث عيب بالمبيع والخيار للبائع]

وإن كان الخيار للبائع [انتقض البيع، ولزم المشتري القيمة؛ وذلك لأن العيب إذا حدث والخيار للبائع] لم يتم العقد؛ لأنَّه حدث علىٰ ملكه، ولا يملك إلزام المشتري المبيع المعيب من غير رضاه، وإذا لم يتم البيع بالعيب هلك علىٰ ملك البائع وتجب القيمة علىٰ المشتري؛ لأنَّ الشيء مضمونٌ عليه، والملك لغيره، فيهلك بالقيمة كالمغصوب [ولا يلزم الرهن؛ لأن الرهن غير مضمون علىٰ المرتهن علىٰ ما يقوله أبو الحسن، بل العين أمانة في يده، إلا أن الدين يسقط بهلاكه حكمًا].

١٢٩٤ـ فَصْل: [شرط الخيار أكثر من ثلاث]

قال وإذا شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر، فإن أجاز الذي له الخيار [في الثلاث جاز، ولزم المشتري الثمن عند أبي حنيفة، ولم يورد هذا أبو الحسن في المختصر، وذكر في الجامع الصغير فقال: إن أجاز الذي له الخيار] في الثلاثة، أو مات صاحبُ الخيار في الثلاثة، أو مات العبدُ، أو أعتقه المشتري، أو حدث في الثلاث في السلعة ما يوجب جواز البيع، أو كان الخيارُ ثلاثة أيام، فالبيع جائز عند أبي حنيفة، وقال زفر: لا يجوز، وبه قال الشافعي[1].

(١) قال الشيرازي: «ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه غرر، وإنما جوز في الثلاث؛ لأنه رخصة،=

لنا: أنَّ هذه مدَّة ملحقة بالعقد، مانعة من انبرامه، فجاز أن [ينبرم][1] بإسقاطها، كالخيار الصحيح؛ ولأنَّها مدَّة ملحقة بالعقد، مانعةٌ من المطالبة، فجاز أن تثبت المطالبة بإسقاطها كالأجل الصحيح.

وجهُ قول زفر: أن العقد وقع فاسداً، فلا يجوز بعدَ فساده، كما لو أسقط الخيار في اليوم الرابع.

[وعلىٰ الشافعي: أن هذا بيع شرط فيه شرطًا، فإذا أسقط الشرط جاز أن يحكم بصحته، أصله: إذا باع عبدًا بشرط العتق، ثم اتفقا علىٰ إسقاط الشرط].

وقد قال أصحابنا: أنَّه إذا مضىٰ جزء من اليوم الرابع، أو اشترط الأجل إلىٰ الحصادِ، فابتدأ الناس بالحصاد، لم يجز العقد [بعد ذلك]؛ لأنَّ الجواز يتعلق بإسقاط [الشرط] الفاسد، والإسقاط يكون في المدَّة المستقبلة، فأمَّا الماضي فلا يتصوَّر إسقاطه، وقد مضىٰ جزءٌ من الفساد، فإذا لم يمكن رفعه [وإسقاطه، لم يوجد إسقاط الشرط الفاسد]، فلم يصح العقد.

١٢٩٥ ـ فَصْل: [تصحيح العقد الفاسد]

وكان أصحابنا بالعراق يقولون: إنَّ هذا العقد فاسد، ويصحُّ بإسقاط المعنىٰ المفسد، وأصحابنا بخراسان يقولون: إنَّه موقوف يلحقه الإجازة بإسقاط الشرط، فإذا مضىٰ جزءٌ من اليوم الرابع فسد [حينئذٍ].

= فلا يجوز فيما زاد». المهذب ١٤/٣.

(١) في أ (يلتزم) والمثبت من ب من «بَرِمَ وأبْرَمْتُ العقد إبراماً: أحكمته فانبرم هو». المصباح المنير (برم).

وقد قال الحسن[(١)]: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً اشترىٰ عبداً علىٰ أنَّه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام، فالبيع موقوف، فإن قال المشتري قبل مضي الثلاثة: أنا أُبْطل خياري، وأستوجبُ البيع قبل أن يقول البائع شيئاً، كان له ذلك، وتمَّ البيع، وعليه الثمن، ولم يكن للبائع أن يُبطل العقد.

وإن قال البائعُ: قد أبْطلتُ البيعَ قبل أن يُبطل المشتري خياره، بطل البيع، ولم يكن للمُشتري أن يستوجبه بعد ذلك، فإن تساكتا حتَّىٰ مضتِ المدَّةُ؛ كانَ البيعُ فاسداً [منتقضاً][(٢)]، ولم يكن للمشتري بعد ذلك أن يُبطل خيارهُ، وهذا نصٌّ علىٰ وقوف البيع علىٰ إجازة المشتري في المدَّة، وجعل للبائع الفسخ قبل الإجازة؛ لأنَّ لكل واحد من المتعاقدين فسخ البيع الموقوف، فإن أجاز من وقف عليه العقد قبل الفسخ تمَّ البيع[(٣)].

١٢٩٦ ـ فَصْـل: [اشتراط الخيار مطلقاً ثم إسقاطه في الثلاثة]

وعلىٰ هذا الأصل قالوا: إذا شرط الخيارَ ولم يذكر وقتاً، فأسقط المشتري الخيارَ في الثلاثة، أو حدث في السلعة عيبٌ في الثلاثة، أو مات المشتري، جاز البيع، وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي حنيفة علىٰ ما بيَّنَّا[(٤)].

فأمَّا علىٰ قولهما فروىٰ بِشر ومُعَلّىٰ، عن أبي يوسف: أن البيع جائزٌ، ومتىٰ اختصما إليَّ؛ أجبرته علىٰ أن يمضي أو يفسخ.

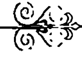
---

(١) في ب (أصحابنا).

(٢) في أ (مسقطاً) والمثبت من ب.

(٣) في ب (العقد).

(٤) انظر: الأصل ٢/٤٥٧؛ مختصر القدوري ص١٧١.

وقال مُعَلّىٰ عنه: إن اختصما إليَّ فإن أجاز البيع وإلا فسخته.

وقال محمد: البيع فاسد، ومتىٰ أجازه جاز.

وجهُ قول محمد، وهو الصحيح: أن الخيار مدَّة ملحقه بالعقد، فإذا أُطلقت؛ لم يصحَّ العقد، كالأجل.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّه نوع خيار، فجاز أن يثبت في العقد من غير توقيت، كخيار العيب [والرؤية].

وقالا جميعاً: أيُّ وقت أسقط الخيارَ جازَ؛ لأنَّ مدَّة الخيار عندهما غير مقدَّرة، فصار جميع الزمان كمدَّة الثلاثة عند أبي حنيفة، وقد روىٰ ابن أبي مالك، عن أبي يوسف: إذا لم يكن للخيار مدَّة؛ فلكلٍّ واحد منهما إبطال العقد، وهذا مثل قول محمد في الفساد.

ووجهُه: أن العقد إما أن يكون موقوفاً، أو فاسداً، وأيُّهما كان، فلكلٍّ واحد من المتعاقدين حق[1] الفسخِ، وقد ذكر محمد هذه المسألة، وقال فيها: إذا كان الخيارُ للمشتري غير مؤقَّت؛ فليس للبائع أن يفسخ، إنما ذلك إلىٰ المشتري؛ لأنَّ الخيار إذا شرط للمشتري لم يجز فسخ البائع، كالخيار الصحيح [ولأن من أصله: أن العقد إذا فسد بشرط ملحق لم يجز فسخ العقد إلا لمن له منفعة في ذلك الشرط، فبنىٰ هذه المسألة علىٰ الأصل].

١٢٩٧ ـ فَصْل: [الخيار إلىٰ قدوم فلان أو موته]

وقد قالوا: لو كان الخيار إلىٰ قدوم فلان، أو موته، أو هبِّ الريح، فأبطل

(١) في ب (فسخ العقد).

الخيار قبل مضيِّ الوقت، لم يجز البيع عند أبي يوسف وزفر، وليسَ هذا كالحصَادِ.

أما هبوبُ الريح، فهو ظاهر؛ لأنَّه يجوزَ أن يكون هبَّت بعد العقد بغير حضرتهما، فيحصل الفساد في المعقود عليه.

وأما قدوم فلان مجهول الكون، مجهول الوقت، فيكثر الخطر فيه، فيفسُد البيع.

وأمَّا الموت، فيتقدَّم ويتأخَّر، والتفاوت فيه كثير، فيصير كالقدوم.

وليس كذلك الحَصَاد؛ لأنه [لا] يتفاوت فيقل الخطر [فيه]، فيجوز اشتراطه(١).

١٢٩٨ ـ فَصْل: [الخيار في السلعة أو في الثمن]

وقد قال محمد ـ من غير خلاف ـ: إذا شرط الخيار في السلعة أو في الثمن؛ جازَ، وكان فيهما [جميعًا]؛ وذلك لأنَّ شرط الخيار في أحد العوضين يثبتُ الفسخ فيه، والفسخُ لا يثبت في أحد عوضي البيع دون الآخر [فيثبت الخيار فيهما].

١٢٩٩ ـ فَصْل: [إلحاق الخيار بالعقد]

وإن ألحقا بالعقد خياراً جاز عند أبي حنيفة، فإن كان خياراً جائزاً لم يفسد العقد، وإن كان فاسداً [التحق] وأفسدَ العقد [عند أبي حنيفة]؛ لأنَّ العقد في ملكهما، فملكا إثبات الخيار الفاسد فيه، كحال العقدِ.

وقد قال أبو يوسف ومحمد: يلحق العقد الصحيح دون الفاسد، وهذا كما

(١) في ب (فيجوز إسقاطه، فلذلك صحّ العقد عند إسقاطه).

قالا في الشروط الفاسدة: [لا يلحق العقد إذا شرط بعد العقد، وهذا شرط فاسد، فلا يلحق بالعقد أيضًا] وقد قدمَّنا ذلك.

١٣٠٠ - فَصْل: [شرط الخيار إلى الغاية]

قال أبو حنيفة: إذا شرط الخيار إلى الليل، أو إلى الغد، دخلت الغاية، وقالا: لا تدخل، وبه قال الشافعي(١). وقالوا جميعاً: إذا جعل الأجل إلى غاية لم تدخل.

وجه قول أبي حنيفة: أن الخيار يمنعُ من الملك، والغاية فيها احتمال، فإن دخلت فيما جعلت غاية له لم يملك قَبْلها، وإن لم تدخل ملك، فلا يجوز إثبات الملكِ بالشَّكِّ، و[لا يلزم] على هذا الأجل خارج؛ لأنَّ الثمن مملوك، والأجل لتأخير المطالبة [التي تعلق استحقاقها بالعقد]، والغاية فيها احتمال، فلا يجوز لنا تأخير المطالبة التي تعلق استحقاقها بالعقد بالشَّكِّ.

وأمَّا على الشافعي؛ فلأنَّ ما جعل غاية للخيار لا ينقطع الخيارُ قبل قبضه، كقوله [على أني بالخيار] إلى نصف الليل، ولأنَّه شرط خياراً إلى غاية، فامتدَّ الخيار بامتداد الغاية، كما لو بقيا في المجلس حتى مضت الغاية.

وَجهُ قولهما: أنَّ الخيار مُدَّة ملحقة بالعقد، فإذا شرط إلى غاية؛ لم تدخل الغاية فيه، كالأجل.

١٣٠١ - فَصْل: [الخيار أكثر من ثلاثة أيام]

قال أبو حنيفة: إذا باع عبداً على أنَّه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا

(١) انظر: الأصل ٤٦٣/٢، ٤٦٤؛ وقال العثماني: «وإن شرط الخيار إلى الليل، لم يدخل الليلُ في الخيار عند الثلاثة، وقال أبو حنيفة: يدخل فيه». رحمة الأمة ص٢٦٤.

بيع بينهما ، فالبيع جائز استحساناً ، وهذا بمنزلة شرطِ الخيار ، وإن قال: إلىٰ أربعة أيام ؛ لم يجز ، وقال أبو يوسف مثله ، وقال محمد: [يجوز] إلىٰ ثلاثة أيام وأكثر ، وقال زفر: لا يجوز ، وهو قول الشافعي[1].

والأصل في جوازه: ما رويَ عن ابن عمر أنَّه أجازه ، ولا مخالفَ له.

ولأنَّ هذا لا يُستدرك من طريق القياس ، فيحمل علىٰ التوقيف ؛ ولأنَّه عَلق الفسخ بفعل المشتري ، وهو ترك النقد في الثلاثة ، فصار كما لو شرط له الخيار ، وعلىٰ الشافعي أنَّه نوع بيعٍ ، فجاز أن ينفسخ بترك نقد البدل ، كالصَّرفِ ، وبيع [ما فيه الربا بجنسه مثل] الطعام بالطعام.

وجهُ قول زفر: أنَّ الإجازة في هذا العقد متعلّقة بخطر ، وهو النقد ، والفسخ يجوز تعلقه بالأخطار ، والإجازة لا يجوز تعليقها بالأخطار.

يبيِّن ذلك: أن مُضِيَّ المدَّة في مسألة الخيار يوجب الجواز ، ومضيُّ المدَّة في هذه المسألة يوجب الفسخ ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنَّ الفسخ لا يقع بمضيِّ المدَّة عندنا ، وإنما يقع بترك النقد في الثلاثة ، فهو كبيع الخيار إذا قال المُشتري: قد فسختُ في المدَّة ، وإذا ثبت هذا ؛ قال أبو حنيفة: هذا بمنزلة شرطِ الخيار ، يجوز في الثلاثة ، ولا يجوزُ فيما زاد عليها [علىٰ أصله في شرط الخيار].

وقال محمد: يجوزُ في الثلاثة ، وفيما زادَ عليها ، علىٰ أصله في شرط الخيار ، وأما أبو يوسف فقال: ليس هذا بمنزلة الخيار [وكان القياس أن لا يجوز كما قال زفر] ، وإنما أجزته في الثلاثة ؛ لما رويَ عن ابن عمر ، وما زاد

(١) مختصر المزني ص٧٦ ؛ المهذب ١٤/٣.

علىٰ ذلك علىٰ القياس(١).

١٣٠٢ـ فَصْـل: [ملكية المبيع أثناء خيار البائع]

[وقد قال أصحابنا]: إذا كان الخيار للبائع، فالمبيعُ علىٰ ملكه، وللشافعي ثلاثة أقوال: أحدها: أن المبيعَ يملك بالعقد، والثاني: بالعقد وإسقاط الخيار، والثالث: إذا سقط الخيار بان أنَّ الملك وقع بالعقد(٢).

[لنا: أن الملك لم يقع بالعقد]، والدليل علىٰ ما قلناه: أن المشتري لا يجوز له التصرُّف في المبيع معَ وجودِ القبض بإذن البائع، فصارَ كالبيع الموقوف؛ ولأنَّ عتق البائع ينفذ في المبيع، ولو كانَ المشتري قد ملكه لم ينفذ عتق غيره فيه. والله أعلم.

١٣٠٣ـ فَصْـل: [ملكية المبيع أثناء خيار المشتري]

قال أبو حنيفة: إذا كان الخيارُ للمشتري خرج المبيعُ من ملكِ البائع، ولم يدخل في [ملك المشتري](٣)، قال أبو يوسف ومحمد: يدخل في ملك المشتري، واتَّفقوا أنَّ الثمن لا يخرج من ملك المشتري(٤).

وَجْهُ قول أبي حنيفة: أنَّ الثمن علىٰ ملك المُشتري؛ لأنَّ من شرط له الخيار لا يزول ملكه عمَّا هو من جهته كالبائع، وإذا كانَ الثمنُ علىٰ ملكه، فلو قلنا: إنَّه يملك المبيع؛ اجتمع في ملكه البدل والمُبدل بعقدِ البيع، وهذا لا يجوز، فإنْ

(١) انظر: الأصل ٢/٤٥٧.

(٢) «والأظهر: أنه إن كان الخيار للبائع، فمِلْك المبيع له». كما قال النووي في المنهاج ص٢٢٠.

(٣) في أ (ملكه) والمثبت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٢/٤٥٨؛ متن القدوري ص١٧١.

أَلزمَ علىٰ هذا العبد إذا جنىٰ في يد الغاصب وأخذه مولاه، فجنىٰ عنده دَفَعهُ بالجنايتين، ورجع علىٰ الغاصبِ بنصف القيمة، فيأخذها وليُّ الجناية الأولىٰ، وهي بدل عن نصفِ العبد الذي سُلِّم له، فقد اجتمع البدل والمبدل [في ملكه]؛ لأنا احترزنا عن ذلك بقولنا بعقد البيع، ولأنَّ هاهنا حصل له بعضُ البدل؛ لأن البدل عبارة عن جميع القيمة [فلا يلزم]. فإن ألزموا عليه الإجارة إذا شرط فيها تعجيل الأجرة أنَّ المؤاجر ملك الأجرة، والمنافع لم تملك عليه، لم يلزم؛ لأنَّا قلنا بعقدِ البيع؛ ولأنَّ المنافعَ هناك ليست علىٰ ملك المؤاجر أيضاً، ولم يجتمع له البدل والمبدل.

فإن أَلزمَ علىٰ هذا الهبة بعوض إذا سلَّم الواهب العينَ ولم يقبض العوض، فاجتمع علىٰ ملك الموهوب له العوض والمعوَّض.

فالجواب: (أنا قلنا بعقد البيع، والهبة بشرط العوض عقدها عقد هبة، وليس بعقد بيع)[1]؛ لأن الهبة عقد تبرُّع، فلا يثبت العوض فيها إلا بالتقابض، فإذا سلم العين ولم يتسلَّم ما شرطه، فليس بعوض قبل التسليم، [فلم يجتمعا]، فإن ألزم علىٰ هذا مَن باع عبداً بجارية وشرط لنفسه الخيار وقبض الجارية، ولم يسلم العبد حتىٰ أعتقهما، نفذ عتقهما، فحصل له العوضُ والمعوَّض.

فأما إذا أعتقهما فسد البيعُ في الجارية، وصار عوضها القيمة دون العبد[2]، وزال ملكه عن القيمة بنفسِ العتق، فلم يجتمع له العوض والمعوَّض، فإن أَلزمَ علىٰ هذا البيع الفاسِد إذا قبضه المشتري أنَّه يملكه بالقبض، وعوضه علىٰ ملكه.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) في ب (المسمىٰ).

قلنا: الجواب عنه ما ذكرنا أن عوض البيع الفاسد القيمة دون المسمىٰ، وقد زال ملكه عن القيمة حين ملك المبيع.

وجه آخر في نفس المسألة: وهو أن ما منع الملك في أحد العوضين منع في الآخر، كالشرط الفاسد، [والخيار إذا كان للبائع].

وجهُ قولهما: أن المبيعَ قد خرج من ملكِ البائع، فلو لم يملكه المشتري بقيَ مِلكاً لا مالك له، وهذا لا يوجدُ في البياعات.

إذا ثبت هذا الخلاف[1]، فقد قالوا علىٰ هذا الأصل: إذا باع عبداً بجارية علىٰ أنَّ بائع العبد بالخيار، فالعبد علىٰ ملك بائعه، والجارية خرجت من ملك المشتري ولم تدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة، وقال أبو حنيفة: لو كانت الجارية بنت البائع؛ لم تعتق، ولو كانت زوجته؛ لم يفسد النكاح؛ لأنَّه لم يملكها.

وعلىٰ قولهما: تعتقُ ابنته ويفسُد نكاح زوجته علىٰ أصلهما: أنَّه ملكها، ولو أعتق البائع العبد جَاز عتقه في قولهم، وانتقض البيع؛ لأنَّ العبدَ علىٰ ملكه، فإذا أعتقه فقد أتلف الملك فيه.

ولو أعتق الجارية دونَ العبد؛ جازَ عتقه في قولهم، أمَّا علىٰ قول أبي يوسف ومحمد فلأنها علىٰ ملكه، وأما علىٰ قول أبي حنيفة؛ فلأنه يملك إبطال الخيار، وتصرفه في الجارية إبطال لخياره، فينفذ عتقه، ولو أعتقهما جميعاً جاز [ونفذ] عتقه فيهما وانتقض البيع، وكان عليه قيمةُ الجارية في قول أبي حنيفة؛ لأنَّ عنده أن العبد علىٰ ملكه، والجارية وإن لم يملكها فتصرُّفه فيها جائز؛ لأنَّ الخيارَ يبطل

(١) في ب (الأصل).

به، فإذا أعتقهما معاً عَتَقَا وفسد البيعُ؛ لأنَّه أتلفَ المبيعَ قبل التسليم، والبيع الفاسدُ تجبُ فيه القيمة.

فأمَّا على قولهما؛ فخياره يمنع من خروج المبيع من ملكه، ولا يمنع من دخول الجارية في ملكه، فهو مالك لهما؛ فلذلك نفذ عتقه فيهما، فأمَّا المشتري فلا ينفذ عتقه في الجارية، ولا في العبد، أمَّا العبد فعلى ملك بائعه، وأمَّا الجاريةُ فقد خرجت من ملكه في قولهم، وإن اختلفوا في دخولها في ملك البائع.

١٣٠٤ - فَصْل: [البيع بشيء في الذمة في شرط الخيار لنفسه]

فأمَّا إذا باع بشيء في الذمَّة وشرط الخيار [لنفسه]، فأبرأ البائع المشتري من الثمن، أو اشترى به منه شيئاً، أو ساومه، فذلك منه إجازة للبيع وبراءته جائزة، وكذلك هبته للثمن، وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقياس قول أبي حنيفة؛ وذلك لأنَّ من شرط له الخيار يملك إمضاء البيع وفسخه، فإذا تصرَّف في البدل دل على إمضائه للبيع، ألا ترى أنَّه لو أراد الفسخ لم يتصرَّف في الثمن الذي لا يستحقُّه عند الفسخ، [فلذلك نفذ البيع].

قال محمد: ولو اشترى بالثمن شيئاً من غير البائع؛ كان إجازة للبيع، ولا يجوز الشراء؛ وذلك لأنَّ العقد عليه وإن لم يصحَّ، فلا يكون أدون من المساومة، والسوم يُبطل الخيار.

ولو كان البائع قبض الثمن فاشترى به شيئاً، أو وهبه، أو عرضهُ على بيع، لم يكن ذلك إجازةً [للبيع][1]؛ لأنَّ هذا الثمن لا يجبُ عليه ردُّه عندَ الفسخ

(١) في أ (للمبيع) والمثبت من ب.

بعينه، على أصلنا: أنَّ الدراهمَ لا تتعيَّنُ بالفسخ كما لا تتعيَّن بالعقد، وإذا لم يستحقَّها المشتري بعينها لم يكن تصرُّف البائع فيها إجازة، وليس كذلك قبل القبض؛ لأنَّه لا حقَّ له في ذمَّة المشتري إلا ما هو ثمن، فإذا اشترى به، فقد تصرَّف في نفس الثمن[١]، فكان إجازة.

١٣٠٥ - فَصْل: [إبراء البائع المشتريَ من الثمن]

قال أبو يوسف: إذا كان المشتري بالخيار، فأبرأه البائعُ من الثمن، فالبراءة باطلة، والبيع على حاله، فإن أجاز المشتري [البيعَ أخذ البائع الثمن ولم تقع البراءة.

وروى هشام عن محمد أنه قال: إذا أجاز المشتري] برئ من الثمن بإبراء البائع، وقال في الزيادات: هذا استحسان، وإنما لم تجز البراءة قبل إسقاط الخيار؛ لأنَّ خيار المشتري يمنع خروج الثمن من ملكه، فإذا أبرأ البائع فقد أبرأ البائعَ من دين لا يَستحقُّه، فلم تصح براءتهُ، وإنما [لم] يكن ذلك إجازة للبيع؛ لأنَّه لم يتصرَّف في الثمن، ألا ترى أنَّ الثمن يكون ثمناً بالإجازة.

وأمَّا إذا أجاز المشتري، فوجهُ قول أبي يوسف: أنَّ البائع أبرأ من حقٍّ لم يجب، فإذا وجَب لم تعمل تلك البراءة فيه، كما لو أبرأه من دين لم يجب له عليه، ثم وجبَ.

وجه قول محمد: أن الإجازة تستند إلى العقد، فتصير جائزاً من أصله، ولهذا يستحقُّ المشتري الولد والزيادة، فكأنَّ العقدَ وقع في الأصل [بتاتًا][٢]

---

(١) في ب (المبيع).

(٢) بياض غير مقروء، والمثبت من ب.

فتصحُّ البراءة.

١٣٠٦ ـ فَصْل: [ما يسقط الخيار وما لا يسقطه]

[قال أبو الحسن: وإذا قبض المشتري المبيع، فدخله في يد المشتري عيب ينقص القيمة بفعل المشتري أو بغير فعله، تمّ البيع عليه ولزمه الثمن.

قال الشيخ أيده الله: غرض أبي الحسن بذكر هذه المسألة ما يسقط الخيار وما لا يسقطه]

وقد ذكر أبو الحسن بعد هذا ما يسقط الخيار، وما لا يسقط، ولم يستوفه، ونحن نذكره مستوفياً، فإذا وُجِدَ علىٰ غير نظم الكتاب؛ فليعلم الغرض، وكلّ ما ذكره يأتي في ضمن ما نذكره.

قال رحمه الله: وجملة هذا أن من باع عبداً علىٰ أنَّه بالخيار ثلاثاً وسلَّمه أو لم يسلِّمه، ثم إنَّ البائع أخرجه من ملكه، أو أحدث فيه ما يمنع من البيع، مثل التدبير والكتابة والرهن والإجارة، أو خاطب علىٰ تمليكه، أو علىٰ ما يمنع من بيعه، فهو نقض للبيع(١)؛ وذلك لأنَّ المبيعَ علىٰ ملك البائع، وهو مخيَّر بين تبقية العقد وفسخه، فإذا فعل ما يستدل به علىٰ اختياره الفسخ، كان فسخاً؛ والدليل عليه قوله ﷺ لبريرة [حين أعتقت]: «إن وطأكِ زوجكِ فلا خيارَ لكِ»(٢)، فجعل تمكينها من الوطءِ دلالة علىٰ إسقاطها للخيار، فدلَّ ذلك علىٰ أنَّ من خُيِّر بين [أمرين](٣) ففعل ما يُستدلُّ به علىٰ أحدهما، كان اختياراً لذلك.

---

(١) انظر: الأصل ٢/٤٦٦.

(٢) حديث بريرة أخرجه أبو داود (٢٢٣٦)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧/٢٢٥؛ نصب الراية ٣/٢٠٧.

(٣) في النسخ (امرأتين) والمثبت يدل عليه السياق.

وهذه المعاني التي ذكرناها تدلُّ علىٰ اختيار البائع الفسخ، فكانت فسخاً، [قال]: فإن كان المشتري بالخيار، ففعل في المبيع شيئاً من ذلك فهو إمضاء للبيع؛ لأنَّه مخيَّر بين الإجازة والفسخ، وتصرُّفه في المبيع يدلُّ علىٰ اختياره الإجازة.

فكذلك إذا فعل البائع ما لا يحل له إلا مع نقض البيع، فهو نقضٌ، وإن فعل المشتري ما لا يجوز له إلا مع جوازِ العقدِ فهو إجازة للعقدِ، وهذا مثل أن يطأ أحدهما الجارية، أو يقبِّلها بشهوة، أو يُباشرها بشهوة، أو ينظر إلىٰ فرجها بشهوة؛ وذلك لأنَّ هذا الاستمتاع لا يصحُّ من غير ملك، فإذا فعله أحدهما دلَّ علىٰ اختياره للملك.

فإن نظر إلىٰ الفرج لغير شهوةٍ لم تكن إجازة؛ لأنَّ ذلك لم يقف علىٰ الملك، ألا ترىٰ أن الطبيب يجوز له النظر، وكذلك القابلة.

١٣٠٧ـ **فَصل**: [الخيار في حالة الرضا بالعيب]

وإن قَبَّلَتْ الأمةُ المشتري بشهوة، [وأقرّ المشتري أنها فعلت ذلك بشهوة] فإنَّ أبا يوسف روىٰ عن أبي حنيفة: أنَّ المطلَّقة إذا فعلت ذلك كان رجعةً، قال: ولو كان هذا في أمَة اشتراها وهو بالخيار ثلاثاً، أو كان له خيار رؤية، أو كانَ البيعُ بتاتاً، فوجد بها عيباً ثم قبَّلته الأمة بشهوة من غير أن يشتهيها، وأقرَّ الرجل أن الأمة اشتهته، فهذا مثل الأوَّل، وهو رضاً بالعيب، قال: وهذا في البيع أضعف منه في الطلاق وأقبح، ولكن القياس واحد، ورويَ عن أبي يوسف: أنَّ البيع يجوز.

وقال بشرٌ عنه في الإملاء: إذا فعلتِ الأمة ذلك اختلاساً وهو كاره لم يكن

ذلك رجعة، ولا اختياراً[1] للبيع، وقال محمد: لا يكون فعلها إجازةً للبيع.

وجهُ قول أبي حنيفة: أن تقبيلها له يتعلَّقُ به من الحكم ما يتعلَّقُ بتقبيله لها، بدلالة التحريم، ومعلوم أنَّه لو قبلها سقط الخيارَ، [فكذلك][2] إذا قبَّلته، وليس يمتنع أن يسقطَ الخيار بفعلها من طريق الحكم، كما يَسقط إذا جنت على نفسها.

وجهُ قول محمد: أنَّ الخيار يسقط بالرضا أو بنقصٍ يوجد بالمبيع، ولم يوجد من المشتري رضا ولا نقص البيع، فكان الخيار بحاله.

وإنما قال أبو حنيفة: إنَّ هذا في البيع أضعف منه في النكاح، وإن كانَ قياسه[3]؛ لأنَّ النكاح عقد بين الرجل والمرأة، فيجوز أن يستوي فعلهما في أحكامه، وعقد البيع انعقد بين المتبايعين، والأمة معقود عليها وليست بعاقدة، فلم يُعتبر فعلها في أحكام العقد، إلا أنَّ هذا الفرق لا يمنع الجمع بينهما من الوجهِ الذي ذكرنا؛ ولأنَّ الخيار يجوز أن يسقط بغير فعل أحد المتعاقدين، كالأجنبي إذا جنى على المبيع.

١٣٠٨ - **فَصْل: [ما يبطل الخيار من الأفعال]**

فأمَّا المباضعة[4] فهي اختيار، مكرهاً كان أو مُطاوعاً وهذا ظاهر على قول أبي حنيفة؛ لأنَّه إذا أبطل الخيار بالقبلة، فالوطء أولى، فأمَّا محمد فيقول: إنَّ

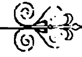
---

(١) في ب (إجازة).

(٢) في أ (فذلك) والمثبت من ب.

(٣) في ب (القياس واحدًا).

(٤) المُباضَعة ـ بضم الميم وفتح الضاد ـ: الجماع لما فيه من البُضع، وهو كناية عن الفرج. انظر: المصباح (بضع).

الوطء نقص ، ألا ترىٰ أنَّه لو وُجِد من غير المشتري مُنِع من الردِّ بالعيب ، فكذلك إذا وجد من المشتري بغير اختياره.

وقد قالوا في المباشرة: إذا ابتدأت بها مكرِهة له ثم تركها وهو يقدر علىٰ الامتناع ، فهو رجعة واختيار للبيع ؛ لأنَّ البقاء علىٰ هذا رضا ، فيصيرُ كأنَّه ابتداءٌ.

فَصْل: روىٰ هشام ، عن محمد: في المشتري يُقبِّلُ الجارية ثم يقول: قبَّلتها بغير شهوة ، فالقول قوله ؛ لأنَّ الشهوة لا تُعلم إلا من جهته ، ويرجع إلىٰ قوله فيها.

١٣٠٩ ـ فَصْل: [الخيار في حال حدوث العيب بالسلعة]

وإن حدث بالسلعة عيبٌ لا يرتفع في يد المشتري ، وله الخيار بطل خياره ، وسواء كان ذلك بفعل البائع أو أجنبي ، أو من غير فعل أحد ، وروىٰ ابن سماعة ، عن محمد في نوادره: فإنَّ البيع لا يلزم [المشتري] بجناية البائع ، وليس هو كالأجنبي ؛ لأنه ليسَ للبائع أن يُوجبَ البيع علىٰ المُشتري بفعله ، والمشتري بالخيار: إن شاء أمسكه ، وإن شاء ردَّه ، قال: وكان أبو يوسف يقول: يجب علىٰ المشتري بفعل البائع ، [وفعل البائع] كفعل المشتري(١).

والأصل في هذا: أنَّ المشتري لا يملكُ الردَّ علىٰ البائع بعد حدوث العيب ؛ لأنَّه يفرِّق الصفقة عليه في الإتمام ، ألا ترىٰ أن خيار الشرط يمنع تمام الصفقة ، وكل واحد من المتعاقدين لا يملك تفريق الصفقة علىٰ الآخر في الإتمام.

وأمَّا وجهُ قول أبي يوسف: إذا كان العيبُ بفعل البائع ـ وهو قول أبي

(١) انظر: الأصل ٢/٤٥٩.

حنيفة ـ إن امتنع الردُّ بالعيب ؛ ثبت من طريق الحكم ، ألا ترىٰ أنَّه إذا كان بفعل أجنبي يمنع ، وهذا موجود في فعل البائع ؛ ولأنَّ الشيء قد خرجَ من ملكِ البائع ، فإذا سُلِّم إلىٰ المشتري فليسَ له في هذه العين يد ولا ملك ، فصَارَ كالأجنبي ، والأجنبيُّ لو جنىٰ علىٰ المبيع سقط الخيارُ ، كذلك هاهنا .

وجهُ قول محمد: أنَّ البائع إنما شرط للمُشتري الخيار [لكي][1] يقف تمام العقد علىٰ رضاه ، فإذا جنىٰ البائع [علىٰ المبيع فإما يريد][2] إلزامه وذلك بغير رضاه ، وهذا ضدّ ما شرطه ، وليسَ هذا الفعل[3] للأجنبي ؛ لأنَّه حدث هناك نقصٌ مضمون علىٰ المشتري في منع الردِّ علىٰ البائع ؛ لأنَّه لم يرض بعود المبيع إليه بعيبٍ ، فإذا كان العيبُ بفعله ، فقد رضيَ [به] فلا يمنع الرد ، إذا ثبت هذا ، قال أبو يوسف: قد لزم المشتري البيع ، ويرجع علىٰ البائع بالأرش ؛ وذلك لأنَّ البيع [قد] تمَّ فيه بأوَّل جزءٍ من النقص ، فصارت جناية البائع علىٰ ملك غيره ، ولزمه أرشها ، كالأجنبي إذا جنىٰ .

١٣١٠ ـ فَصْل: [إصابة العيب في يد البائع والخيار له]

فإن أصاب المبيعَ ذلك في يد البائع ، والخيار للبائع ، فهو علىٰ خياره ، إلا أن يكون ذلك بفعله ، فينتقض البيع ، فأمَّا [إذا كان بغير] فعله ، فهو علىٰ اختياره ؛ وذلك لأنَّ حدوث العيب لا يمنع من نقل الملك ، واختيار البائع الإجازة نقل للملك ، فلا يمنعه العيب ؛ إلا أنَّه متىٰ اختار الإجازة ، فالمشتري بالخيار: إن

(١) في أ (لكن) والمثبت من ب.

(٢) في أ (فيريد) والمثبت من ب.

(٣) في ب (كفعل الأجنبي).

شاء رضي به، وإن شاء لم يرض؛ لأنَّه دخل في العقد ليسلم له مبيع صحيح، فإذا لحقه عيبٌ لم يرض به فقد ثبت له الخيار، كما لو حدث في يد البائع، والمبيع بتات[1].

١٣١١ ـ فَصْل: [حدوث العيب في يد المشتري]

فإن حدث في يد المشتري عيبٌ يجوز ارتفاعه كالمرض، فهو على اختياره، وليس له أن يفسخ إلّا أن يرتفع العيب في الثلاثة وإن مضت الثلاثة قبل ارتفاعه جاز البيع؛ وذلك لأنَّ العيبَ إذا زال ارتفع النقص، وصار كأن لم يكن، وما يمنع الفسخ إذا كانَ مراعىً فالفسخ مراعىً، فإنْ زال في الثلاثة فكأنَّه لم يكن، فيثبت للمشتري الفسخ، فإن لم يزل لم يجز ردّ المبيع بعيب لم يكن في يد البائع، فلما مضت الثلاثة [فات][2] الفسخ، بمضي زمانه، فجاز البيع.

١٣١٢ ـ فَصْل: [الخيار في حال استعمال الدابة]

ولو ركب المشتري الدابَّة لينظر إلى سيرها وقوَّتها فهو على خياره، وكذلك لبس الثوب ينظر إلى مقداره؛ لأنَّ الخيار إنما يشترط لهذا، فَفِعْله لا [يبطل الخيار][3].

وإن ركبها لحاجةٍ أو سفرٍ، أو حَمَل عليها حملاً، فهذا رضاً منه؛ لأنَّ هذا تصرُّفٌ في المبيع لا يشترط الخيارُ لأجله.

وإن قصَّ حوافر الدابّة أو أخذ من عرفها، فليس برضا؛ وذلك لأنَّ هذا

---

(١) انظر: الأصل ٢/٤٥٨، ٤٥٩.

(٢) في أ (فإن) والمثبت من ب.

(٣) في أ (يبطله) والمثبت من ب.

يُلحق بتبقيتها ضرر، فإزالتها كعلفها.

ولو ودجها(١) أو بزغها(٢) فهو رضاً؛ لأنَّه نقصٌ [فيها]، وإتلاف جزء من أجزائها.

وإن حَمَل عليها علفاً [لها]، قال أبو يوسف في الإملاء: هذا رضاً؛ لأنَّه يمكن حمل العلف على غيرها، فصار حمله كحمل غيره(٣).

١٣١٣ ـ فَصْل: [ما يدل عليه حلب الشاة من الرضا]

[قال]: فإن كانت شاةً فحلبها، وشربَ لبنها، قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: هذا رضاً، قال هشام، عن أبي يوسف مثله، قال: وقياس قول أبي حنيفة: إذا حلب اللبن ولم يشربه لم يكن له أن يردَّها، قال هشام: قلت لأبي يوسف: ما تقول أنت؟ فلم يجبني، وأظنني سمعته يقول: إنَّه رضاً، قال هشام: قال محمد: إذا حلبها انقطع خياره؛ وذلك أن الحلب [نماء] انفصل منها لم يقع عليه العقد، وما لم يقع عليه العقد لا يقع عليه الفسخ، ولا يجوزُ الفسخ فيها دونَ النماء المتولد من عينها، فسقط الفسخ.

١٣١٤ ـ فَصْل: [التصرفات الدالة على الرضا]

فإن سكن المشتري الدار، أو أسكنها رجلاً بأجر، [أو بغير أجرٍ]، أو رَمَّ منها

(١) «الوَدَج ـ بفتح الدال ـ عرقُ الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا يبقى معه حياة، وودجتُ الدابّة: قطعت وَدَجَها». المصباح (ودج).

(٢) والبَزْغ: الشّقّ، وفيه بزغت الشمس، والبزّاغ: فعال من بزغ الحجام والبيطار الدَّم يبزغه بزغًا: شَرَط. انظر: المصباح (بزغ).

(٣) انظر: الأصل ٢/٤٦٨.




شيئاً ، أو أحدث فيها بناءً أو تجصيصاً أو طيناً أو هدم منها شيئاً ، فإن هذا إمضاءٌ للبيع ؛ لأنَّه تصرُّف يُستدلُّ به على الرضا ، وكذلك إن أسقط منها حائطًا ؛ لأنَّه نقص في المعقود عليه.

ولو كان فيها ساكناً بأجر فباعها البائع برضاه ، وشرط للمشتري الخيار ، فتركه المشتري فيها [واستاد المشتري] الغَلَّة ، فهذا رضاً ؛ لأنَّ أخذ العوض عن المنافع دلالة على الرضا بالمبيع.

وإن كان في الأرض حرث ، فسقاه أو حَصده أو فصل منها شيئاً على دوابه ، فهذا رضاً ؛ لأنَّ سقي الزرع تصرُّفٌ يدل على الاختيار ، وقطعه نقص في المعقود عليه ، ولو سقى من نهرها دوابه أو شربَ منه ، فليسَ برضاً ؛ لأنَّ استباحة ذلك لا يقف على الملك ، ألا ترى أن المالك لا يملك المنع منه ، فلم يكن تصرُّفاً مستفاداً بالبيع ، [فلم يكن إجازة للبيع][1].

ولو اشترى رحاً فطحنَ فيها البائع والخيارُ له ، فهذا نقض ؛ لأنَّه تصرَّف في المعقود عليه ، فإن كان الخيارُ للمشتري فطحن فيها ، فليس برضاً ؛ لأنَّ المشتري إنما يطحن ليعرف مقدار طحنها ، وهذا مما يُشترط الخيار لأجله ، فإن طحن زيادة على ما يعرف به الطحن بزيادة الماء وقلته فهو رضاً ؛ لأنه تصرف لا يشترط لأجله الخيار.

١٣١٥ ـ **فَصْل: [ركوب المشتري الدابة وسقيها أثناء الخيار]**

ولو ركب المشتري الدابة ليسقيها أو يردُّها على البائع ، فالقياس أن يكون

(١) في أ (فلم يجز البيع) والمثبت من ب.

رضاً؛ لأنَّه كان يقدر علىٰ قودها، والاستحسان أنَّه ليسَ برضاً؛ لأنَّ الدواب قد تستصعبُ، فلا يمكنُ تسييرها إلا بالركوب، والسقي مما يتوصل به إلىٰ الرد، ألا ترىٰ أنَّه لو لم يسقها لعطشت ولحقها عيب يمنع من الردِّ، فصارَ ذلك كعلفها، فلا يكون اختياراً.

١٣١٦ ـ فَصْل: [المعاني المانعة من تمام الصفقة]

قال: وإذا فات بَعضُ المبيع في يَدِ المشتري؛ جَاز البيع وسواء كان شيئاً واحداً أو أشياءَ كثيرة من الدواب والدقيق والثياب، إذا هلك أحد هذه الأشياء، أو ذهب بعضهُ [تمَّ البيعُ](١) علىٰ المشتري إذا كان الخيار له، ولم يكن له أن يفسخ [البيع] في بعض المبيع دون بعضٍ، وكذلك إن لم يهلك شيء فأراد أن يجيز في بعض دون بعض، وكذلك لو كان الخيار للبائع، فليس له أن يجيز في بعض دون بعض، سواء كان المبيع مقبوضاً أو غيرَ مقبوضٍ، إلا أن يرضىٰ المشتري، وهذا علىٰ ما قدمنا أن كل واحد من المتعاقدين لا يملك تفريق الصفقة علىٰ الآخر في الإتمام.

فالمعاني المانعة في تمام الصفقة ثلاثة: خيار الشرط، وذلك لأنه يمنع المِلك علىٰ ما قدمنا، ويستحيل أن تتم الصفقة مع عدم الملك.

والثاني: عدم القبض؛ لأنَّه بالقبض يملك به التصرُّف، كما يملك العينَ بالعقد، فوقف تمام الصفقة عليه.

والثالث: خيارُ الرُّؤية؛ لأنَّه ثبت لجهالة صفة المبيع، وجهالة نفس المبيع

(١) في أ (ثم المبيع) والمثبت من ب.




تمنع انعقاد العقد، فجهالة صفته تمنع من تمام الصفقة، فإذا ثبت أن الصفقة لم تتم في خيار الشرط؛ لم يجز لأحدهما أن يفسخ في البعض ويجيزَ في البعض؛ لأنَّ في ذلك تفريق الصفقة علىٰ صاحبه في الإتمام، إلا أنْ يرضىٰ؛ لأنَّا [إنَّما] منعنا من تفريق الصفقة لحقِّه، ألا ترىٰ أنَّه دخل في العقد ليسلم له الجملة، فإذا رضيَ بتفريقها جَاز ذلك عليه.

١٣١٧ ـ فَصْـل: [هلاك بعض المبيع في يد المشتري والخيار للبائع]

وقد قال أبو يوسف: في الخيار إذا كان للبائع وقبض المشتري المبيع، فهلك بَعضه أو استهلكه مستهلك، فللبائع أن يجيز البيع، وهذا قياسُ قول أبي حنيفة. وروىٰ ابن سماعة، عن محمد، قال: إذا كان ممَّا يتفاوت فهلك واحد منه انتقض البيع، وليسَ للبائع أن يجيز في الباقي، وإن كان مكيلاً أو موزوناً أو مَعدوداً غير متفاوت، فهلك بعضه، فللبائع أن يلزمه البيع فيما بقي.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّ ما هلك من المبيع مضمونٌ علىٰ المشتري، والإجازة تستندُ إلىٰ العقد، فكأنَّه كان عقداً باتاً، فهلك بعضهُ قبل البعض علىٰ وجه تجب قيمته، [مثل أن يتلفه أجنبي] فلا يفسخ البيع فيه.

وأمَّا محمد فيقول: إن خيار البائع يمنعُ الملك، وهو بالإجازة يبتدئ التمليك، فيستحيل أن يُمَلِّكه بالعقد ما قد هلك، فبقي أن يملكه الباقي، فإن كان مما يتفاوت؛ فحصَّته [من الثمن] مجهولة، فلا يجوز كما لو ابتدأ بيعه بحصَّته، وإن كان غير متفاوت فحصَّته من الثمن معلومةٌ، فيجوز الإجازة فيه، كما لو باعه ابتداءً.

وقد روىٰ بشر، عن أبي يوسف، قال: إذا هلك أحد العبدين في يد البائع؛

لم يكن له أن يُلزم المشتري الباقي، إلا أن يرضىٰ المشتري، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ الهالك غير مضمون علىٰ المشتري، والإجازة في الباقي تفريق الصفقة، فلا يجوز إلا برضا المشتري.

وليس كذلك إذا هَلَكَ في يَدِ المشتري؛ لأنَّه من ضمانه، فالإجازة تقع فيهما جميعاً.

١٣١٨ - فَصْل: [حدوث العيب في يد المشتري والخيار للبائع]

وإن كان المبيعُ شيئاً واحداً، فدخله عيبٌ في يد المشتري والخيار للبائع، فللبائع أن يلزمه البيعَ فيه، ولا خيار للمُشتري لأجل العيب؛ وذلك لأنَّ العيبَ [حدث في][1] ضمانه، فحدوثه لا يمنع الإجازة، وللبائع أن يفسخ البيع ويضمِّن المشتري ما نقص؛ لأنَّ العيب لا يمنع الفسخ، وقد كانت العينُ مضمونةً علىٰ المشتري بالقبض، فيضمن ما نقص منها [كالمغصوب في يد الغاصب].

١٣١٩ - فَصْل: [استهلاك المبيع في يد المشتري]

فإن استهلك مستهلكٌ المبيعَ في يد المشتري وأخذ قيمته، فللبائع أن يلزمهُ البيعَ ويأخذ الثمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال أبو يوسف بعد ذلك: ليس للبائع إلزامه إلَّا أن يَرضىٰ المُشتري.

وجهُ قول أبي حنيفة: أن الجناية حَصلت والمبيع في ضمان المشتري، وقد قامت القيمة مقام العين، فإذا أجاز البائع استندت الإجازة إلىٰ حال العقد، فكأنَّه كانَ عقداً جائزاً، قبضَ المشتري المبيعَ منه فاستهلكه في يده، وأمَّا أبو يوسف

(١) في أ (من) والمثبت من ب.

فيقول: التمليك يتعلَّق بالإجازة، وإن استند إلىٰ حال العقد، فيعتبر فيه الطرفان، وقد تغيرت صفة المبيع، فكان للمشتري الخيار كما لو تصرف قبل القبضِ.

١٣٢٠ - فَصْل: [وقوع نِتاج الشجر في يد المشتري والخيار له]

قال أبو الحسن: وإذا كان المبيعُ [شجرًا][١] أو نخلاً، أو كَرْماً، فقبضه المشتري وله الخيار؛ فأثمرَ في يده، جَاز البيع عليه وبطل خياره، وكذلك إذا كانَ المبيعُ شيئاً من الحيوان، فولدت في يد المشتري، وكذلك اللبن إن حلبه أو جزَّ الصُّوفَ، استهلكه أو لم يستهلكه؛ وذلك لأنَّ هذه الزيادة لم يقع عليها العقدُ، فلا يجوزُ أن يقع عليها فسخ، وإذا تعذر الفسخ تم البيع.

قال أبو الحسن: فأما ما لم يزل [من ذلك] عن المبيع [ولم يباينه] مما لا يجوز بيعه منفرداً، أو عما هو متعلِّق به، فالخيار قائم، فإن كان حدث في يد المشتري؛ ففي هذا اختلاف رواية بيَّناها في الجامع الكبير، وهذا الذي ذكره في الزيادة المتصلة [إذا حدثت في يد المشتري ظاهر علىٰ قول محمد؛ لأن من مذهبه أن الزيادة المتصلة] لا تمنع الرد بالعيب، ولا تمنع الفسخ في المهر بالطلاق، فكذلك لا تمنع الفسخ بخيار الشرط.

فأمَّا علىٰ قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فمن أصلهما أن الزيادة المتصلة كالمنفصلة في منع الفسخ بخيار العيب، والفسخ في المهر، فكذلك في الفسخ بخيار الشرط، وهذا ظاهر علىٰ قولهما.



(١) في أ (ثمرًا) والمثبت من ب والسياق يدل عليه.

١٣٢١ - فَصْل: [العصير يصير خمرًا قبل القبض]

ذكر محمد في الأصل: فيمن اشترىٰ عصيراً فصار خمراً قبل القبض: أنَّ البيع باطل، وهو قول محمد. وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّ البيع بحاله، وكان أبو الحسن يقول معنىٰ قوله في الأصل: البيعُ باطل، أي: للمشتري أن يبطله.

وجهُ قولهما: أنَّه لم يطرأ علىٰ العقد ما يُوجبُ تحريم مثله، ألا ترىٰ أنَّه كان عقداً علىٰ العصير، ومثل ذلك العقد جائز، وإنما تغيرت صفة المعقود عليه، وهذا يثبت الخيار.

وجهُ قول محمد ـ وهو ظاهرُ الأصل ـ: أن تقابض المسلم الخمر لا يجوز؛ لأنَّ القبض يملك به التصرُّف، والمسلم لا يجوز له تمليك الخمر، ولا تملكها، وكذلك لا يجوز له تملُّك التصرُّف فيها.

فأمَّا الذي تأوَّل أبو الحسن عليه ما في الأصل؛ فهو غير ظاهر، وقد استدلَّ عليه باستشهاد محمد في الأصل، وهو أنَّه قال: لو صارت خلًّا قبل الفسخ، كان للمشتري أن يأخذها.

قال أبو الحسن: فلو كان العقد قد بطل، لم يملك المشتري أخذها، وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّه لا يمتنع أن يفسدَ العقد لمعنىٰ ويصحَّ بزواله، كما قالوا في الشروط الملحقةِ.

١٣٢٢ - فَصْل: [العصير يصير خمرًا بعد قبض المشتري والخيار له]

وقد قال أبو يوسف: فيمن اشترىٰ عصيراً وقبضه والمشتري بالخيار، فصار

خمراً قبل مضي الثلاثة، فقد لزم [البيع، وعليه الثمن؛ وذلك لأن هذا عيب] حصل بالمبيع في مدّة الخيار، فسقط [الخيار][1].

ولو كان الخيار للبائع، فروى بشر عن أبي يوسف: أنَّ البائع على خياره، فإن سكت حتَّى يمضي وقت الخيار جَاز البيعُ على المشتري، قال بشر: وقال بعد ذلك: قد انتقضَ البيعُ، وعلى المشتري عصيرٌ مثل [عصيره][2].

وجهُ [قوله][3] الأوَّل: أنَّ الخيارَ إذا كان للبائع، فحدوث العيب لا يمنع البائع خياره، ومن أصله: أن تغيُّر العصير لا يُفسد البيع، [وإنما يجري مجرى العيب] فبقي خياره بحاله.

وجهُ الرواية الثانية: أنَّ المبيع على [ملك البائع][4]، وإنما ينتقل الملك فيه بالإجازة، ولا يجوز للمسلم نقل الملك في الخَمر.

١٣٢٣ - فَصْل: [العصير يصير خمرًا في يد المشتري والخيار للبائع]

ولو كانَ الخيارُ للبائع فصار خمراً في يد المشتري، فلم يختصما حتى صارت خلًّا، فاختار البائع أن يُلزم البيع، ورضي [به] المشتري فله ذلك، والمشهور عنهم: أنَّه لا يحتاج إلى رضا المشتري؛ وذلك لأنَّ تغيُّر العصير إلى الخمر لم يُبطل العقد على ما قدمنا، فإذا صار خلًّا جاز نقل المِلك فيه على الروايتين عن أبي يوسف، ولا يحتاج إلى رضا المشتري؛ لأنَّ العيبَ حدث

(١) في أ (الفسخ) والمثبت من ب.

(٢) في أ (العصير) والمثبت من ب. انظر: الأصل ٢/٤٥٩.

(٣) في أ (قول محمد) والمثبت من ب.

(٤) في أ (ملكه) والمثبت من ب.

والمبيع في ضمانه، فلا تقف على رضاه الإجازة.

١٣٢٤ ـ فَصْل: [ذميان تبايعا خمرًا ثم أسلم المشتري قبل القبض]

قال ولو تبايع الذِّمّيّان خمراً على أن المشتري بالخيار، فأسلم المشتري، [أو أسلما] قبل أن يختار، وقد قبضَ الخمر، بطل البيع في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يجوز البيعُ.

وجهُ قول أبي حنيفة: أنَّ خيارَ الشرطِ يمنع تمامَ الصفقة كعدم القبض، ولو تبايع الذمّيّان خمراً ثم أسلما قبل قبضها، بطل البيعُ فكذلك إذا أسلما مع الخيار.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّ الخمرَ في ملك المشتري، على أصله أنَّ خيار المشتري لا يمنع انتقال الملك إليه، وبالفسخ ينتقل المبيع إلى البائع، فلا يجوز له النقل بعد الإسلام، وإذا تعذَّر الفسخ تمَّ البيع.

١٣٢٥ ـ فَصْل: [الخيار للبائع فأسلم]

ولو كانَ الخيار للبائع فأسلما، أو أسلم البائع، كان البيع باطلاً؛ وذلك لأن الخمر على ملك البائع، وبالإجازة ينقلها من ملكه، والمسلم لا يجوز له نقل الملك في الخمر.

ولو لم يسلم البائعُ وأسلم المشتري لم يبطل البيعُ؛ لأنَّ العقدَ إذا كان الخيارُ فيه للبائع فقد تمَّ من جهةِ المشتري بدلالة أنَّه لا يملك فسخَه، وإنما يقف تمامهُ على فعل البائع، والبائعُ ذمِّيٌّ يصحُّ فعله للتملك في الخمر، فينتقل بإجازته، ويصيرُ المشتري كالمالك لها قبل الإسلام[1].

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٥ وما بعدها؛ القدوري ص ١٧٠ وما بعدها.

١٣٢٦ ـ فَصْـل: [إسلام الذي له الخيار قبل التقابض]

ولو لم يتقابضا، فأسلم الذي له الخيارُ بطل البيع؛ وذلك لأنَّ البيعَ لو كان باتاً فأسلما بطل؛ لأنَّه طرأ على العقد قبل القبض مَا يُوجبُ تحريم مثل ذلك العقد، فإذا كان فيه خيارٌ أولى.



بَابُ
الرجل يبيع على غيره ويشترط الخيار



قال أبو الحسن: وإذا باع الأبُ، أو الوصيُّ، أو المضاربُ، أو الشريك شركة عنان، أو مفاوضة[1]، أو وكيل ببيع أو شراء، فمن شرط من هؤلاء الخيارَ لنفسه أو للّذي عاقده، فهو جَائزٌ، والحكم فيما بين المتعاقدين في جميع ذلك مثل ما قدَّمته من أمر البائع لنفسه أو شرائه لنفسه، سواء فيما لا يجوز وفيما ينتقض، لا يختلفان في شيءٍ من ذلك ما دامت ولايته التي جاز بها بيعه وشراؤه على غيره قائمة.

وأمَّا جوازُ شرط الأب والوصي الخيار؛ فلأنَّهما يتصرَّفان على الصغير من طريق الاحتياط، وقد يكون شرط الخيار أحوط، فجاز شرطُهما.

وأمَّا من سواهم ممَّن ذكره فيتصرَّف بالأمر، والأمر عامٌّ في البيع المشروط فيه الخيار والمطلق، فجازا جميعاً.

وأما قوله: إنهما فيه كالعاقدين لأنفسهما، يعني في الإجازة والفسخ؛ لأنَّهما من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلَّق بالعاقدين.

---

(١) شركة العِنان: أن يشترك اثنان في شيء خاص معلوم (دون سائر أموالهما)، كأنه عَنَّ لهما شيء، فاشترياه مشتركين فيه». انظر: المغرب؛ المصباح (عنن).
شركة المفاوضة لغة: المساواة والانتشار.
وشرعًا: «هي ما تضمنت وكالة وكفالة، وتساويا: مالاً وتصرفًا ودينًا». انظر: المصباح؛ التعريفات (شرك)؛ المبسوط ١١/١٥٢.

وأمَّا قوله: ما دامت ولايتُه التي بها ملك العقد باقية، فإنَّما احترز بها عن مسألة ولم يذكرها، ونحن نذكرها: وهي إذا باع الوصيُّ أو الأب[1]، أو اشتريا للصغير وشرطا الخيار، فبلغ الصبي في مدَّة الخيار، فروىٰ محمدُ عَن أبي يوسف في الزيادات: أن البيع قد تمَّ، وبطل الخيار، وقال محمد: ليسَ للوصيِّ أن يخير، وقد انتقلت الإجازة إلىٰ الصبيِّ، وللوصيِّ أن يفسخ.

وروىٰ أبو سليمان عنه: أنَّ البيع لا يجوزُ بمضيِّ وقتِ الخيار، حتَّىٰ يجيزه الصبيُّ، وروىٰ ابن سماعة، عن محمد: أن وقت الخيار إذا مضىٰ بعد بلوغ اليتيم أو قبل ذلك جَاز البيع.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّ الصبي لما بلغ بطل تصرُّف الوصي عليه، ومن شرط له [الخيار] إذا بطل تصرُّفه سقط خياره، فلم يجز أن ينتقل إلىٰ غيره، كما لو مات المشتري لم ينتقل الخيارُ إلىٰ ورثته.

وجهُ قول محمد: أنَّ الوصيَّ يتصرَّفُ للصغير، والخيار ثبت لحقِّه، وإنما كان لا يملك التصرُّفَ فيه لصِغَرِه، فإذا بلغ قَدِر علىٰ التصرف، فلم يجز للوصيِّ أن يلزمه بعد بلوغه شيئاً بغير رضاه.

وأمَّا الفسخ فقد ملكه الوصي بالعقد، وليسَ فيه إلزام حق للصغير، فبقي ملكه فيه، كما كان قبل بلوغه.

واختلفت الرواية عنه في مضي مدَّة الخيار، فقال في إحدىٰ الروايتين: لما مضت المدَّة لزم البيع الصبي حكماً؛ لاستحالة بقاء الخيار بعد المدَّة، وإذا لزمه

---

(١) في أ زيادة (والقاضي).

بعقد[1] كان من الوصي قبل البلوغ فنفذ عليه.

وقال في الرواية الأخرىٰ: طريان البلوغ في مدَّة الخيار يصيرُ كالموجودِ في الابتداء، ومَن باعَ ملك البائع بغير أمره وشرط الخيار لنفسه فله أن يفسخ، ولا يلزم العقد المالك إلا بإجازته وإن مضت مدَّة الخيار.

١٣٢٧ ـ فَصْل: [بيع المكاتب وشرط الخيار لنفسه]

ونظير هذه المسألة إذا باع المكاتب وشرط الخيار لنفسه، فعجز في الثلاثة؛ تمَّ البيع في قولهم جميعاً؛ وذلك لأنَّ عجز المكاتب سكوته؛ بدلالة أنَّه يؤثر في بُطلان التصرُّف وانتقال الاكتساب إلىٰ غيره، وموت من له الخيار يُبطل الخيار [كذلك هذا].

١٣٢٨ ـ فَصْل: [بيع المأذون وشرط الخيار له]

ونظير هذا: إذا باع المأذون وشرط الخيارَ، فحجرَ المولىٰ عليه في الثلاثة، بطل الخيار في قول أبي يوسف، وإحدىٰ الروايتين عن محمد، وروىٰ أصحابُ الإملاء، عن محمد: أنَّ الحَجْرَ لا يُبطل الخيارَ والخيار للمولىٰ، إلَّا أنَّه لا يملك الإجازة إن كان علىٰ العبد دينٌ حتَّىٰ يقضيه، وروي عنه [أنه قال]: إنَّ الخيارَ للعبدِ قائم كأنَّه لم يحجر عليه.

وجهُ قول أبي يوسف: أنَّ الحجرَ علىٰ المأذون يُبطل تصرَّفه، [فصار] كعجز المكاتب، وكموت الحر.

وجهُ قول محمد: أنَّ المأذون ينتقلُ ما يتصرَّفُ فيه إلىٰ المولىٰ وما يبيعه فهو

---

(١) في أ (بفعل).

ملك المولى، فصار كالوكيل إذا عزل، فلا يبطل خياره، ولهذا جُعل الخيار له في إحدى الروايتين؛ لأنَّه ملك ذلك بالعقد، فالحجر لا يُؤثِّر فيه، كما لا يؤثِّر عزل الوكيل، ونقل الإجازة في الرواية الأخرى إلى المولى؛ لأنَّ المولى أقامه مقامهُ في حقوقه حكماً، فكأنَّه وكَّله بالخيار.

قال أبو الحسن: وهذا الاختلاف عن محمد إذا حُقق لم يعد إلى الخلاف؛ لأنَّه قال في إحدى الروايتين: خياره قائم، يعني في الفسخ، وقال في الرواية الأخرى: لا تجوز [الإجازة][1]، فقد اتَّفقت الروايتان: أنه لا يملك الإجازة ويملك الفسخَ[2].

وقالوا[3] في الأب والوصي: إذا اشتريا للصغير شيئًا بدين في الذمَّة وشرطا الخيارَ، ثم بلغ الصبيُّ، فأجاز الأب والوصي؛ جاز العقد عليهما، والصبيُّ بالخيار: فإن أجاز العقد لزمه، وإن فسخه لزم العقد الأب والوصي؛ وذلك لأنَّهما لا يملكان الإجازة على الصبي بعد البلوغ كما بيَّنا، فإذا أجاز وهما يملكان الإجازة في حقِّهما، فإن فسخ الصبيُّ لم يبق إلّا حق البائع وحقُّ الوصي، وقد أجاز الوصي؛ فيلزمه الشراء في نفسه، فإن أجاز الصبي تَمّ البيع عليه بعقد الوصي، وكان الثمن عليه.

١٣٢٩ ـ فَصْل: [شراء الرجل العبد وشرط الخيار لغيره]

قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل عبدًا وشرط الخيار لغيره، فالخيار

---

(١) في أ (الفسخ) والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

(٢) من هنا (أ/٥٣/ب) حصل سقط في أ، والمثبت من ب من هنا.

(٣) ابتداءً من هنا اعتمدت على ب بالمقارنة مع ج.

للمشتري والمشروط له جميعًا بمنزلة الوكيل للمشتري.

وقال الشافعي: إذا شرط المشتري الخيارَ لغيره على وجه التوكيل في الفسخ والإمضاء جَاز، ولو شرط لا على وَجهِ التوكيل، ففيه قولان[1].

والدليل على ذلك: أن هذا الخيار مشروط في العقد، فهو من حقوق العقد، وحقوق العقد تثبت للعاقد، فلما شرط لغيره، ثبت له حكم العقد، فصار المشروط له قائمًا مقامه فيه.

وعلى الشافعي: أنَّه علَّقَ الفسخ بفعل غيره، فصار كما لو شرطه على وجهِ التوكيل؛ ولأنَّه خيار مشروط في البيع لمن يصحُّ تصرُّفه، [فصحَّ] كالخيار المشروط للمشتري.

وإذا ثبت أنَّ الخيار للمشتري والأجنبي وكيله، فأيُّهما سبق في الإجازة [أو] النقض، جاز ما صنع؛ لأن كل واحد منهما [٣١٤/أ] لما كان له الخيار؛ ملك به الإجازة والنقض.

فإذا سبق أحدهما بالنقض والفسخ، انفسخ العقد، فأجازه الآخر [بعد ذلك]، ولا عقد [فلا يتعلق بالإجازة حكم]، وإن سبق أحدهما بالإجازة سَقط الخيار، ففسخ الآخر بعد ذلك ولا خيار، فلا يصح فسخه.

وإن فسخ أحدهما وأجاز الآخر، وأوقعا [ذلك] معًا، فالفسخ أولى؛ لأنَّ الفسخ لا يلحقه الفسخ من جهة العاقدِ، والإجازةُ يلحقها الفسخ من جهته، ألا

---

(١) الأصحّ من القولين: صحة البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي ﷺ. انظر: المجموع ٢١٠/١٠.

ترىٰ أنَّه لو ظهر علىٰ عيب ردَّ المبيع به، ومتىٰ اجتمع ما يلحقه الفسخ وما لا يلحقه الفسخ وتساويا كان ما لا يَلحقهُ الفسخ أولىٰ.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: الإجازة أولىٰ؛ لأنَّه إذا تساوىٰ ما يُوجب فسخ العقد وما يوجبُ تصحيحه؛ كان ما يتضمَّن التصحيح أولىٰ.

١٣٣٠ ـ فَصْل: [توكيل بالبيع مع اشتراط الخيار للآمر]

قال أبو الحسن: وإن وكَّل رجلٌ رجلاً ببيع عبدٍ له، وأمره بأن يشترط له الخيار، فباعه المأمور ولم يشترط الخيار للآمر، فبيعه لا يجوز علىٰ الآمر، وهذا كمن باعَ عبد رجلٍ بغير أمره؛ وذلك لأنه وكَّله بعقد لا بزوال ملكه فيه إلا برضاه، فإذا لم يشترط له الخيار؛ فقد عقد عقدًا بخلافِ ما أمره به، فلا يجوز.

[قال]: فإن باع واشترط الخيار للآمر كما أمره، فليس له أن يُجيز البيعَ علىٰ الآمر، وللآمر أن يُجيز؛ لأنه إنما أمره بشرطِ الخيار له حتىٰ لا يزول ملكه إلا باختياره، فإذا أجاز الوكيل [فهو يريد] نقل الملك بغير اختيار الموكِّل، فلا يصحَّ.

[قال]: فإن أمرهُ أنْ يشتري له عبدًا ويشترط الخيار للآمر، فاشتراه بغير خيار، فهو لازمٌ له دون الآمر؛ وذلك لأن الوكيل خالفَ [المولىٰ][1] فيما أمره به، فيصير مشتريًا لنفسه، كما لو ابتدأ الشراء بغير أمره[2].



(١) في أ (الموكل).

(٢) انظر: الأصل ٢/٤٥٧ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يشتري شيئين على أنه بالخيار في أحدهما

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا اشترىٰ الرجل ثوبين أو عبدين علىٰ أنَّه بالخيار في أحدهما: فيأخذ أيّهما شاء بثمنٍ معلومٍ، ويردُّ الآخر، فهو جائز استحسانًا في ثوبين وثلاثة، ولا يجوز في أكثر من ذلك، أربعة وما زاده.

وقال الشافعي: البيعُ باطل، وهو القياسُ(١).

ووجههُ: أنَّ البيع مجهول، وجهالة المبيع يمنع صحَّة العقد، كما لو باع ثوبًا من أربعة أثواب، وكما لو باع ثوبًا من ثوبين بغير خيار.

وجه الاستحسان: أنَّ هذه جهالة لا ترتفع في الثاني بفعل أحد المتعاقدين، فصَارَ كبيع قفيزٍ من صُبْرة.

وعلىٰ الشافعي: أن كلَّ جملة جاز البيعُ عليها؛ جاز البيعُ علىٰ بعضها غير معين كالصُبرة، وكما لو اختلط عبده بعبد غيره، فباع من صاحب العبد الآخر.

١٣٣١ ـ فَصْل: [العقد بشرط الخيار وعدم اشتراط المدة]

ولا بدَّ في هذا العقد من الخيار؛ لأنَّ الخيار متىٰ لم يشرط ثبتت الجهالة، ألا ترىٰ أنَّه ليس للمشتري اختيار أحد العبدين، وإلا للبائع أن يُعيّن في الآخر، فإذا شرط الخيار تعيَّن المبيعُ بفعل أحدهما، فقلَّت الجهالة، فجاز.

---

(١) انظر: الأصل ٢/٤٦٥؛ المنهاج ص٢٢٢؛ مختصر اختلاف العلماء ٣/٥٨.

وقد ذكر في الأصل: جواز العقدِ إذا شرط الخيارَ ولم يشترط فيه مدَّةً معلومةً[١]، وذكره أبو الحسن: أنَّه لا بدَّ من خيار معلوم، وكذلك حكاه الطحاوي عن محمد، وكان ابن شجاع يقول: لا تحتاج إلىٰ توقيت الخيار علىٰ ظاهر الأصل، والصحيح ما ذكره أبو الحسن؛ لأنه خيار مشروط، والخيار المشروط لا يجوز غير مؤقَّت، كما لو شرط في عبد واحد.

ووجهُ ما قاله ابن شجاع: أنَّ عدد الثياب جعل عوضًا عن عدد الأيام؛ ولذلك جوَّزوا في ثلاثة أثواب، ولم يجوِّزوا في الأربعة، فإذا قام [ذلك] مقام المدَّة، لم يحتج إلىٰ ذكر المدَّة.

وإنما قلنا: إنَّه لا يجوز في أكثر من ثلاثة أثواب؛ لأنَّ الجهالة تكثر في الأربعة، ألا ترىٰ أنَّه لا بدَّ فيها من ثوبين علىٰ صفة واحدة، فيحتاج إلىٰ اختيار الجيدين من الرديء والوسط، ثم اختيار أحد الجيِّدين، فتكثر الجهالة [فيه]، فلا يصحّ العقد.

وليس كذلك الثلاثة؛ لأن فيها جيِّدًا ووسطًا ورديئًا، فهو لا يحتاج إلىٰ أكثر من اختيار واحد، فتقِلّ الجهالة، فيجوز.

قال أبو الحسن[٢]: وإذا وقع البيعُ علىٰ هذا، فقبض المشتري، فأحدهما مِلك للمشتري مضمون عليه بالثمن، والآخر في ملك البائع أمانة في يد المشتري؛ وذلك لأنَّ أحدهما مبيع، والمشتري إذا قبض المبيعَ كان مضمونًا عليه، والآخر ليس بمبيع، وقد أخذه بإذن مالكه لا علىٰ طريق البدل والوثيقة،

(١) انظر: الأصل ٢/٤٦٩، ٤٧٠.

(٢) إلىٰ هنا انتهىٰ السقط الواقع في أ.

فكان أمانةً كالوديعة.

١٣٣٢ ـ فَصْل: [تصرف المشتري تصرفاً يدل علىٰ الرضا]

قال أبو الحسن: وإن تصرَّف المشتري في أحدهما مما ذكرت لك أنه يُبطل الخيار، أو حدث ما يوجب البيع [فيه من] سائر ما ذكرت لك، وذلك في عبدٍ منهما بعينه، فقد لزمَ المشتري بما سمَّىٰ له من الثمن، ويردُّ الآخر علىٰ البائع، وذلك لما بيَّنا أنَّه [١١٨/ب] مقبوضٌ بشرطِ الخيار، والمشتري إذا تصرَّف تصرُّفًا يدل علىٰ الرِّضا؛ فإنَّ ذلك اختيارًا للمبيع، فيتعيَّن به المبيع.

وكذلك إذا حدث بأحدهما عيبٌ؛ لأنه يملك الفسخ فيه مع العيب، وإذا سقط الفسخ تعيَّن المبيعُ.

١٣٣٣ ـ فَصْل: [تصرف المشتري في أحد المبيعين]

قال أبو الحسن: وإن حدث ذلك بالعبدين معًا أو تصرَّف المشتري فيهما جميعًا وهما حيَّان، فهو علىٰ خياره، فإذا اختار أحدهما لزمهُ ثمنه وبطل ما تصرَّف به في الآخر، وإن كان الحادث نقصًا في بدن، ردَّ الذي لم يختر منهما[١].

وكان القياس: أن يردَّ معهُ نصف أرش النقصان، والاستحسان: أن لا يردَّ؛ وذلك لأن المعنىٰ المُسقط للخيار يتعيَّن به المبيع في مسألتنا، فإذا وقع فيهما معاً لم[٢] يمكن التعيين به، فصار وجوده وعدمه سواء، فإذا كانا [باقيين][٣] فله أن

(١) انظر: الأصل ٢/٤٦٥.
(٢) في ب (يكن).
(٣) في أ (ابنين) والمثبت من ب.

يختار بعد ذلك، فإذا اختار أحدهما وقد كان باعهما؛ بطل بيعه في الآخر؛ لأن البيعَ تعيَّن في الذي اختاره، وصار الآخر وديعةً في يده، فلا يجوز بيعُه فيه.

وأما إذا حدث بهما عيبٌ بغير فعله معًا، ثم اختار أَحدهما وقد كان باعهما، بطل بيعه في الآخر؛ لأن البيع تعين في الذي اختاره، وصار الآخر وديعة في يده، فلا يجو بيعه فيه.

وأما إذا حدث بهما عيب بغير فعله معًا، ثم اختار أحدهما وردَّ الآخر، فالقياس: أن يردَّ معه نصف الأرش؛ لأنَّ العيب حدث قبل أن يتعيَّن المبيع، ويجوز أن يكون كل واحدٍ منهما هو المبيعُ، [فيكون مضمونًا]، ويجوز أن يكون هو الأمانة [فلا يضمن] فإذا لزمه الضمان في حال ولا يلزمه في حال، لزمه نصفه.

وجه الاستحسان: أنَّه لما اختار أحدهما تعيَّنَ البيعُ فيه، وتعيَّنت الأمانة في الآخر، فكأنه لم يزل وديعة، فلا يضمنُ شيئًا من [نقصه][(١)].

١٣٣٤ـ **فَصْل**: [ما يلزم إذا مات العبدين معًا]

قال أبو الحسن: وإن ماتا معًا، لزمه نصف ثمن كل واحد منهما؛ وذلك لأنَّ كل واحد منهما يجوز أن يكون هو المبيع، فيلزمه ثمنُه، ويجوز أن يكون هو الأمانة، فلا يلزمه بهلاكه شيء، وهو مع ذلك مخالف وذلك معًا، فثبت نصف كل واحد من الثمنين، ويسقط النصف الآخر على أصلنا في اعتبار الأحوال.



(١) في أ (نفقته) والمثبت من ج.

١٣٣٥ ـ فَصْل: [توريث خيار الشرط]

قال أبو الحسن: وإن مات المشتري في الثلاثة، فقد لزم المشتري أحدهما بغير عينه، ويقال للورثة خذوا أيهما شئتم، وليس خيار [الورثة][(١)] هو الخيار الذي شرط المشتري؛ لأن ذلك خيار لا يورث[(٢)].

والأصل في هذا: أن خيارَ الشرط لا يُورَث عندنا، فلما مات المشتري سقط خياره، فلزمه أحدُ العبدين، إلا أن الثمن مستحق من مال الورثة، وهو غير معيّن، ومَن لزمه حقٌّ غيرُ معين [كان][(٣)] التعيينُ إليه، فهذا الخيارُ هو في تعيين الضمان لا في اختيار المبيع.

والذي يدل أنَّ هذا [الخيار] خيار مبتدأ عن الأول: أن المشتري كان له أن يختار أحدهما أو يردهما جميعًا، والورثة ليس لهم أن يردّوهما، ودليل آخر: وهو أن خيار المشتري كان مؤقتًا، والورثة يثبت لهم الخيار غير مؤقت.

١٣٣٦ ـ فَصْل: [قطع الخيار في البيع الفاسد]

قال أبو الحسن: فإن كان [البيع][(٤)] فاسدًا، وقد شرط الخيار في أحدهما، فقبضهما، فأحدهما مضمون عليه بقيمته، والآخر في يده أمانة، وإذا تصرَّف المشتري في أحدهما أو تلف في يده، فعليه قيمته، وما يقطع خياره في البيع الصحيح من هذا، فهو يقطع خياره في الفاسد، ويَصير هو المضمون عليه بالقيمة،

(١) في ب (خيار الرؤية)، وفي أ كانت العبارة (الورثة خيار).
(٢) انظر: الأصل ٢/٤٥٨؛ الجامع الكبير ص٢٨٢؛ مختصر الطحاوي ص٧٥.
(٣) في أ (فإن) والمثبت من ج.
(٤) في أ (المبيع) والمثبت من ج.




غير أن للبائع أن يفسخ [البيعَ][(١)] وإن كان خيار المشتري قد انقطع أو لم ينقطع.

وإن ماتا[(٢)] ضمن نصف قيمة كل واحد منهما، [والأصل في هذا: أن البيع الفاسد إذا قبض تعلق به الاستحقاق عندنا، فصار الفاسد في هذا كالصحيح، وإنما اختلفا في ثبوت الفسخ للبائع؛ لأن الفاسد يثبت فيه الفسخ لكل واحد] من المتعاقدين لحق الله تعالىٰ، والصحيح لا يثبت الفسخ فيه إلا لمن شرط له [الخيار].

وأمَّا إذا ماتا معًا، فالقيمة في البيع الفاسد كالثمن في الصحيح، فإذا وجبَ في الصحيح نصف ثمن كل واحد، وجبَ في الفاسد نصف القيمة.

١٣٣٧ ـ فَصْل: [حدوث العيب في يد البائع والخيار للمشتري]

قال: فإن لم يقبض العبدين في البيع الصحيح، فمات أحدهما؛ فهو بالخيار في الباقي: إن شاء أخذ بالثمن الذي سمَّىٰ له، وإن شاء تركهُ، وإن حدث بأحدهما عيبٌ في يد البائع، فالمشتري علىٰ خياره: إن شاء أخذ أحدهما، وإن شاء ترك؛ وذلك لأن المبيع في يد البائع إذا حدث به عيب لم يبطل به خيار المشتري؛ لأنَّ ذلك ليس في ضمانه، وإنما يبطل خيار المشتري بالعيب الحادث في يده؛ لأنه مضمون عليه، فلا يملك الفسخ فيه مع العيب، وهذا لا يوجد في العيب في يد البائع.

فأمَّا الهالك، فإنما يتعيَّن به المبيع إذا كان الخيار للمشتري؛ لأنه صار معيبًا

---

(١) في أ (المبيع) والمثبت من ج.

(٢) في أ هنا زيادة (جميعًا معًا) وهي ساقطة من ج، والعبارة تدل علىٰ حذفها، وقد حصل في أ سقط سطرين.

قبل الهلاك، فيتعين فيه البيعُ بالعيب، والعيبُ في يد البائع لا يعين [المبيع][1]، فلا يبطل الخيار بالهلاك.

١٣٣٨ ـ فَصْل: [خيار البائع مثل خيار المشتري]

قال محمد: إذا كانَ الخيارُ للبائع في أن يلزم المشتري أيَّهما شاء من الثوبين بعشرة، فهو مثل خيار المشتري في القياس والاستحسان؛ وذلك لأنَّ خيار الشرط يجوز شرطه للبائع كما يجوز للمشتري، وإذا بيّنا جواز اشتراط هذا الخيار للمشتري، كذلك للبائع.

١٣٣٩ ـ فَصْل: [انتقال الملكية في خيار البائع]

فإن هلك أحدهما فالمشتري أمين في الهالك، وللبائع أن يلزمه الباقي، وإن شاء نقض، وليس للبائع أن يلزمه الهالك؛ لأن الخيار صار في الباقي، وبطل في الهالك، فكذلك إذا مات أحدهما في يد البائع.

والأصل في هذا: أنَّ خيارَ البائع يمنع من انتقال ملكه، فإذا هلك أحدُ العبدين تعيَّن البيع في الآخر، ألا ترىٰ أنه لو لم يبطل خيار البائع [نقل الملك][2] في مبيع هالك، وهذا لا يصحُّ، وليسَ كذلك إذا كان الخيار للمشتري؛ لأنَّ الملك انتقل، وإجازة البيع في الهالك ليسَ بنقل للملك فيه؛ فلذلك تعيَّن فيه [البيع].

١٣٤٠ ـ فَصْل: [شرط الخيار في أحد العبدين وسمىٰ الثمن جملة]

وقد قالوا فيمن اشترىٰ عبدين وشرط الخيار في أحدهما بعينه، فإن كان

---

(١) في أ (البيع) والمثبت من ج.

(٢) في أ (نفذ البيع) والمثبت من ج.

سمَّى الثمن جملةً واحدةً، فالبيع فاسد؛ لأن العقد لزمه في أحدهما بثمن مجهول، فلا يصح.

وإن سمَّى لكل واحد منهما ثمنًا، جاز البيع؛ لأن الثمن معلوم فيلزمه البيع في أحدهما بثمن معلوم، فيصحُّ[1].



(١) انظر: الأصل ٢/٤٥٨ وما بعدها.

[٣٦] بَابُ
خيار الرؤية[١]



قال أبو الحسن: من اشترىٰ عينًا ولم يرها[٢]، فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآها: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك.

[قال]: والأصل في هذا: أن بيع ما لم يره البائع من الأعيان وشراء ما لم يره المشتري جائز، وللمشتري الخيار إذا رآه.

و[كان] هو قول أبي حنيفة الأوَّل: أن للبائع الخيار أيضًا إذا باع ما لم يره، ثم رجع فقال: لا خيار للبائع.

وقال الشافعي: إذا باع ما لا يعرف جنسه، فالبيع لا يجوز قولاً واحدًا، وإن باع شيئًا سمَّاه، فالبيع جائز في أحد القولين، فكل واحد من المتبايعين بالخيار إذا لم يكن رآه، وفي القول الآخر: لا يجوز[٣].

لنا: قوله ﷺ: «**من اشترىٰ ما لم يره؛ فهو بالخيار إذا رآه**»[٤]، ذكره محمد

(١) خيار الرؤية: «أن يشتري ما لم يره، ويرده بخياره: وهو يعطي خيار ردّ المبيع للمشتري عند الرؤية وإن رضي قبله، وخيار الرؤية للمشتري فقط». انظر: التعريفات (خيار)؛ دستور العلماء ٩٥/٢.
(٢) في ج (عبدًا لم يره).
(٣) ورد النص علىٰ صحته في القديم، ونص في الجديد علىٰ أنه لا يصح، وصحح الأكثرون بطلانه، وهو الأصح، وعليه فتوىٰ الجمهور من الأصحاب. انظر: الأم ص٤٨٨ (الأفكار الدولية)؛ المجموع ٣١٧/٩.
(٤) «رواه الدارقطني والبيهقي من رواية أبي هريرة، قال الدارقطني: هو باطل»، كما ذكر ابن الملقن=




في المأذون؛ ولأنه عقد فلا يُعتبر في انعقاده رؤية المعقود عليه، كعقدِ النكاح؛ ولأن أحد العوضين في البيع كالثمن.

وإذا ثبت جواز العقد، (ثبت الخيار للمشتري بالخبر؛ ولأن من قال بجواز العقد، أثبت الخيار)، وقد دللنا على جوازه، فثبت الخيار بالإجماع.

وأمَّا وجه قوله الأوَّل في البائع[1]؛ فلأنه جاهل بصفة المعقود عليه، (كعقد النكاح عليه)[2]، فصار كالمشتري؛ ولأنَّ كل معنى أثبت الخيارَ للمشتري، جاز أن يثبت الخيار للبائع، كالعيب والشرط.

وجهُ قوله الثاني: أنَّ عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضًا بالبصرة لطلحة بن عبد الله، فقيل لطلحة: قد غُبنت، فقال: لي الخيار؛ لأنَّي اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان، فقال: لي الخيار؛ لأنَّي بعتُ ما لم أره، فحكَما بينهما جُبير بن مُطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وهذا بحضرة الصحابة[3] من غير خلاف؛ ولأن المشتري إنما ثبت له الخيار لتغير السلعة عمَّا يظنها، فلو أثبتنا للبائع الخيار فيها؛ لأثبتنا لزيادتها على ما ظنه، وهذا المعنى لا يُثبت الخيار.

ألا ترى أن من باع عبدًا على أنه معيب فظهر صحيحًا، فلا خيار للبائع وإن وجد أكمل مما ظنه، كذلك هذا.

= في خلاصته البدر المنير ٢/٥٢.

(١) ما بين المعقوفين سقطت من ج.

(٢) في ج (البيع).

(٣) «أخرجه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص» كما ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/٩؛ وابن حجر في الدراية ٢/١٤٩.

[قال أبو الحسن: والخيار في ذلك غير مؤقت؛ وذلك لأنه يثبت من طريق الحكم كخيار العيب. وقد قالوا: إن هذا الخيار لا يورث؛ لأنه يثبت للارتياء من غير فوات جزءٍ، فهو كخيار الشرط][1].

١٣٤١ - فَصْل: [ما يبطل خيار الرؤية]

قال أبو الحسن: والخيار باقٍ ما لم يحدث ما يبطل خيار رؤيته، والذي يبطل خياره: ما يبطل خيار الشرط، غير أنه ليس له أن يجيز قبل الرؤية، وله أن يفسخ؛ وذلك لما بينا أن هذا الخيار لا يتوقت، ولا يبطله إلا رضا المشتري، أو أن يوجد منه ما يدل على الرضا، أو أن يحدث منه ما يمنع الفسخ، وإنما لم يجز له إسقاط الخيار قبل الرؤية؛ لأنه يَلزَم[2] المبيع المجهول الصفة، وذلك ممنوع منه لحق الله تعالىٰ.

وإنما [أجاز][3] له الفسخ؛ لأن الخيار له ثابت فجاز له الفسخ به.

١٣٤٢ - فَصْل: [التصرف المانع من الفسخ]

قال أبو الحسن: وله أن يفسخ ما لم يتصرف في المبيع تصرفاً [لا يمكن] للمشتري رفعه عن العين، أو يتصرف تصرفاً يوجب لغيره فيه حقاً، مثل الإجارة والرهن؛ فإن ذلك يلزمه البيع.

أما إذا أوجب في العين ما لا يمكن رفعه، مثل العتق والتدبير، فقد تعذر

---

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ب والمثبت من أ.

(٢) في أ (يلتزم).

(٣) في ج (جاز) والمثبت من أ. (ومن هنا بدأت الاستعانة بنسخة ج بدلاً عن ب).

الفسخ، وذلك يسقط الخيار.

وكذلك إذا علق بالعين حقاً للغيرِ لا يمكن رفعه، مثل البيع والإجارة والرهن؛ لأن الفسخ قد تعذر، ألا ترىٰ أن هذه الحقوق تمنع العاقد من التصرف في الملك، والفسخ تصرف في الملك [فيمنعه].

وقد قال مُعلىٰ عن أبي يوسف: في المشتري إذا أوجب في العين حقاً فانتقض الحق الذي أوجب وعاد إلىٰ ملكه، لم يعد خيار الرؤية بعد أن بطل، وهذا مثل أن يبيع فيرد عليه بقضاء أو بفك الرهن، أو بفسخ الإجارة؛ وذلك لأن [الخيار][1] بطل بعقده فلا يعود إلا بعود مثل سببه، فأما إذا تصرف تصرفاً لا يوجب فيه حقاً مثل أن يبيع علىٰ أنه بالخيار [أو يستام][2] به أو يهبه ولا يقبضه: فإن كان ذلك بعدما رأىٰ بطل خياره؛ لأنه يدل علىٰ الرضا.

وإن كان [ذلك] قبل الرؤية لم يبطل خياره؛ لأن هذا الفعل ليس بأكثر من أن يصرح[3] بإبطال الخيار، ولو قال: أبطلت خياري[4] قبل أن يرىٰ، لم يبطل، [فلأن لا يبطل هاهنا أولىٰ].

ولو هلك منه شيء في يده، أو دخله عيبٌ بطل خياره؛ لأنه لا يملك رده معيباً بعيبٍ لم يكن عند البائع، فلا يملك رد ما بقي إذا هلك بعضه؛ لأنه لا يفرق[5] الصفقة علىٰ البائع في الإتمام، [وإذا تعذَّر الفسخ تمّ البيع].

---

(١) في ج (الإجارة) والمثبت من أ.

(٢) في ج (ويساوم) والمثبت من أ.

(٣) في أ (من صريح إبطال).

(٤) في أ (الخيار).

(٥) في أ (تفريق).

وقد قالوا: لو تصرف المشتري تصرفاً ينقص المبيعَ، وهو لا يعلم بطل خياره، مثل أن يسقيه البائع لبن الشاة، أو يلبسه الثوب وهو لا يعلم، فينتقص بلبسه؛ وذلك لأن هذا نقص حصل بفعله، وهذا [يسقط الخيار][1] من طريق الحكم، فالعلم والجهل فيه سواء.

١٣٤٣ ـ فَصْل: [منع المِلك مع خيار الرؤية]

قال أبو الحسن: وخيار الرؤية لا يمنع من وقوع الملك للبائع، [والمشتري][2]، وهو بمنزلة خيار العيب؛ وذلك لأنه خيار يثبت من طريق الحكم، فلا يمنع الملك بالعقد كخيار العيب؛ ولأنه يثبت لتغير الصفات، وعدم هذه الصفات لا يمنع من وقوع الملك، فالخيار لأجلها لا يمنع.

١٣٤٤ ـ فَصْل: [متىٰ يكون الخيار للمشتري؟]

قال أبو الحسن: وإذا كان المبيع عيناً بدينٍ فالخيار للمشتري دون البائع، وإذا كان عيناً بعينٍ، فلكل واحدٍ منهما الخيار فيما يملك، [إذا لم يكن رآه][3]، وإن كان العقد ديناً بدينٍ ولم يملك كل واحدٍ منهما بالعقد إلا ديناً فلا خيار لواحد منهما.

والأصلُ في هذا: أن كل عقدٍ يلحقه الفسخ إذا وقع علىٰ ما لم يره، وله في الفسخ فائدة فله الخيار، وإن لم يكن له في الفسخ فائدة فلا خيار له؛ لأنه لا حق في الفسخ مع عدم الفائدة فيه، فإذا باع عيناً بدينٍ فللمشتري الخيار؛ لأنه يستفيد

---

(١) في ج (سقط للخيار) والمثبت من أ.

(٢) في ج (وهو المشتري) والمثبت من أ.

(٣) في ب (إذا كان لم يره) والمثبت من أ.

بالفسخ فائدة: وهو سقوط الثمن عنه، وليس للبائع في الخيار فائدة؛ لأنه لو رَدَّ الدراهم لم ينفسخ العقد، وإنما يرجع بمثلها، فلم يثبت الخيار مع عدم الفائدة.

فأما إذا تبايعا عيناً بعينٍ فلكلِ واحدٍ منهما في الفسخ فائدة؛ لأن العقد ينفسخ برد العين، فجاز أن يثبت الفسخ لفائدته.

وأما إذا تبايعا ديناً بدينٍ فكل واحد منهما من العوضين لا ينفسخ العقد برده، وإنما يرجع بمثله، فلم يجز إثبات الخيار فيه مع عدم الفائدة.

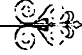
١٣٤٥ - فَصْل: [إجازة صاحب الخيار في بعض المبيع]

قال أبو الحسن: وليس لمن له الخيار أن يجيز في بعض المبيعِ دون بعضٍ، وإنما يجيز في الكلِّ، أو ينقض [الكلّ]؛ لأنَّا قد بَيَّنَّا أنَّ خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، فلو ردَّ المشتري البعض لفرق الصفقة علىٰ البائع في الإتمام، وهذا لا يجوز.

وقد قالوا لو كان المشتري اثنين لم يكن لأحدهما أن يردَّ، وقال أبو يوسف يردّ، وهذا صحيح علىٰ ما قلنا أنَّ في ردِّ البعض تفريق الصفقة في الإتمامِ [فلا يجوز.

وأبو يوسف بنىٰ علىٰ أصله: أن المشتري إذا كان اثنين فلأحدهما فسخ العقد في نصيبه عند وجود سبب الفسخ، كما قال في المشتري إذا كانا اثنين فوجدا بالمبيع عيبًا، أن لأحدهما ردّ نصيبه دون الآخر، كذلك هذا].



١٣٤٦ ـ فَصْل: [إجازة المشتري في البعض أثناء الخيار]

قال أبو الحسن: فإن [أجاز][١] المشتري في البعض لم يجز، والخيار على حاله، روي ذلك عن أبي يوسف ومحمد؛ لأنه إذا أجاز في البعض لم يكن إجازة[٢] في الكل؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى لزوم[٣] بقية المبيع وهو لم يرضَ به، ولا يكون إجازةً فيما أجاز العقد فيه؛ لأنه لا يملك ردَّ ما بقي، فلم يبقَ إلا أن [لا] يتعلق بإجازته حكم.

١٣٤٧ ـ فَصْل: [في العرض على البيع]

فإن عرض بعضه على بيعٍ لم يكن إجازةً عند أبي يوسف، وقال محمد: يبطل خياره.

وجه قول أبي يوسف: أن العرض على البيع يُستدل به على الرضا، ولو صرَّح بالرضا في البعض لم يبطل خياره، فإذا وُجِدَ ما يدل على الرضا أولى.

وجه قول محمد: أن العرض يبطل الخيار من طريق الحكم، فإذا وُجِدَ في بعض المعقود عليه، أبطل الخيار في الكل كالعيب.

١٣٤٨ ـ فَصْل: [إجازة مالك الخيار مع غياب الآخر]

قال أبو الحسن: ويجوز إجازة من له خيار الرؤية بغير محضرٍ من الآخر، ولا يجوز نقضه في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز نقضه، وهذا

---

(١) في ب (اختار) والمثبت من أ.
(٢) في أ (في ذلك).
(٣) في أ (نقض).

الخلاف على ما بينا في الفسخ بخيار الشرط.

١٣٤٩ ـ فَصْل: [قبض من له الخيار بعد الرؤية]

وإن قبض من له خيار الرؤية بعد أن رأى المبيعَ، بطل خياره؛ وذلك لأنَّ القبض يدل على الرضا.

ألا ترى أن من يريد الفسخ لا يقبض، ومن فعل ما يدل على الرضا بعد الرؤية؛ بطل خياره.

١٣٥٠ ـ فَصْل: [الوكيل بالقبض قائم مقام الموكّل]

قال: فإن وَكَّل بالقبض وكيلاً فكذلك عند أبي حنيفة، وهو على خياره عند أبي يوسف ومحمَّد، وإن أرسل رسولاً بالقبضِ [فقبض]، فهو على خياره في قولهم.

أما إذا وَكَّل المشتري رجلاً بالقبض، فقبض المبيعَ بعدما رآه، قامت رؤيته عند أبي حنيفة مقام رؤية المشتري، وبطل خيار الرؤية.

وجه قول أبي حنيفة: أنه موكَّلٌ بالقبض، ومن وُكِّل بشيءٍ وُكِّل بإتمامه، والرؤية من تمام القبض، ألا ترى أنه لو قبض ما لم يره، جاز له فسخ العقد من غير قضاءٍ ولا رضا، ولو قبض أحد المبيعين بعدما رآه ثم رأى الآخر في يد البائع، كان له رد ما قبضه، وإذا كانت الرؤية إتماماً للقبض كان موكلاً بها، ولا يلزم (على هذا)[1] إذا وكله بالقبض، وهناك خيار عيب أو شرط؛ لأن خيار

(١) ساقطة من أ.




الشرط علىٰ هذا الخلاف ؛ لأن شموله[1] من تمام القبض ، وأما خيار العيب فلا يمنع ثبوته من تمام القبض ، ألا ترىٰ أن المشتري بعد القبض لا يملك الفسخ إلا بقضاء ، أو رضا .

وعَلَىٰ أن من أصحابنا من التزم خيار العيب ، وقال هو علىٰ الخلاف .

فإن قيل: الوكيل بعقد الكتابة لا يملك قبض مال الكتابة ، وفي قبضه إتمام العقد الذي وُكِّلَ به ، قلنا العقد تامٌّ عندنا وإن لم يقبض المال ؛ لأنه ليس لواحد من المتبايعين[2] الفسخ إلا برضا الآخر ، أَوْ بعجز المكاتب فيكون الفسخ إلىٰ الحاكم إن لم يتراضيا به ، ولا يلزم الرسول بالقبض ؛ لأنَّا قلنا: الوكيل بالشيء وكيلٌ بإتمامه ، فالرسول بالشيء ليس برسول في إتمامه .

ألا ترىٰ أن الوكيل بالبيع وكيلٌ بالتسليم ؛ لما فيه من تمام العقد ، والوكيل بالشراء وكيل بالقبض لما فيه من تمام العقد ، والرسول بالبيع لا يملك القبض والتقبيض .

وكان أبو بكر الرازي: يحتج بأن خيار الرؤية من حقوق القبض ، بدلالة أنه يثبت لتغير الصفات ، والصفات لا [حصة][3] لها بالعقد [إلّا][4] بالقبض ، وإذا كانت من حقوق القبض فمن وكل بشيءٍ وكل بحقوقه .

فإن قيل: لو كان الخيار من حقوق القبض ما جاز الفسخ قبل القبض .

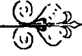
---

(١) في أ (سقوطه).

(٢) في أ (المتعاقدين).

(٣) في ج (حقة) والمثبت من أ.

(٤) في ج (لا) والمثبت من أ.

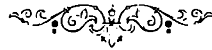



قلنا: إنما[١] جوز الفسخ لعدم لزوم العقد للمشتري بجهالة[٢] الصفة لا بخيار الرؤية.

ألا ترىٰ أن من ملك الفسخ بالخيار ملك الإجازة به، وكان غيره من أصحابنا يقول: إن الخيار ثبت عند الرؤية بالعقد المتقدم، والرؤية في الغالب توجد مع القبض، وإذا وكله بالقبض فقد وكله (بها فقام مقامه فيها، ومن أصحابنا من احتج: أن الوكيل بالقبض وكيل)[٣] بالتمليك؛ بدلالة أنه يملك المشتري التصرف، فهو كالوكيل بالشراء الذي يملكه [الغير][٤].

فإذا كانت رؤية أحدهما تسقط الخيار كذلك الآخر، ومن [سَلَكَ][٥] هذه الطريقة فلا بُدَّ له من [التزام][٦] خيار العيب.

وجه قولهما: أنه وكله بالقبض، ولم يجعل له غيره، والوكيل بالقبض لا يملك إسقاط الحقوق كالوكيل [بقبض الوديعة والدين][٧] إذا أراد أن [يهب][٨]. والله أعلم بالصواب وإليه المآب[٩].



(١) في أ (الفسخ إنما جاز).
(٢) في أ (لجهالة الخيار) بدل الباب.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٤) في أ (العين) والمثبت من ج.
(٥) في ج (ملك) والمثبت من أ.
(٦) في ج (إلزام) والمثبت من أ.
(٧) في ج (بالوديعة وقبض الدين) والمثبت من أ.
(٨) في أ (يقبض) والمثبت من ج.
(٩) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٩٣/٣؛ مختصر القدوري، ص ١٧٣ وما بعدها.

بَابُ
ما يكون رؤية بعضه كرؤية كله
في إبطال [خيار الرؤية][1]



قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل من الرجل المكيل أو الموزون صُبْرَةً، أو في وِعاءٍ واحد، فنظر إلى بعضه ثم اشتراه، فليس له خيار الرؤية، وكذلك إذا كان في أوعية وهو من صنف واحد غير مختلف؛ وذلك لأن رؤية بعض الطعام يعرف بها جميعه.

والمقصود بالرؤية: معرفة الصفة، فإذا وقف على [الصفة][2] برؤية البعض فكأنه رأى الجميع.

قال: وإن كان مختلفاً فالخيار له ما لم يرَ الكُلَّ، [مثل][3] العبيد والدَّواب والثياب.

وما يباع عدداً مثل الجوز والبيض، لا يبطل خيار الرؤية أن[4] ينظر إلى بعضه دون بعضٍ، حتى ينظر إلى جميعه، (روى ما حكيناه في الجوز والبيض ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة)[5].

---

(١) في ج (الخيار) والمثبت من أ.
(٢) في ج (الكل) والمثبت من أ.
(٣) في ج (و) والمثبت من أ.
(٤) في أ (إن نظر).
(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

أما الطعام المختلف فرؤية أحد الأوعية لا يستدل بها على صفة بقيته، [وكذلك العبيد والدَّواب إذا رأى واحدًا منها لا يقف على صفة بقيتها، وكذلك الجوز والبيض؛ لأنه يختلف بالصغر والكبر، فإذا رأى بعضه فلم يدل ذلك على صفة بقيته] فلم يسقط خياره.

وإن كانت أمةً أو عبداً فنظر إلى الوجه [فلا خيار له، وإن نظر إلى غير الوجه من الجسد وهي منتقبة، فله الخيار؛ لأن المقصود من الآدمي الوجه، وهو مما يستغنى به عن بقية الصفات، ولا يستغنى بصفات البدن عنه، فوقف الخيار على النظر إليه.

قال: وإن كان ثوبًا أو ثيابًا، فنظر إلى ظاهرها مطويةً، فلا خيار له، وهذا إذا نظر إلى ظاهر كل ثوب؛ لأن ظاهر الثوب يُستدل به على باطنه، فهو كوجه الجارية.

وكذلك الدار وسائر العقار إذا رأى ظاهره فلا خيار له، وقال زفر: لا بد من رؤية داخل الدار.

وكان أصحابنا يقولون: إنما أجابوا في الدور على عادة الكوفة في زمن أبي حنيفة؛ لأنها كانت لا تختلف إلا بالكبر والصغر وعُلوّ البناء، فأما في داخلها فكانت على تقطيع واحد، فإذا رآها من ظاهرها، يستدل بذلك على باطنها، فأمَّا الآن فصفات الدور تختلف وتتباين، فلا يُعرف ذلك برؤية ظاهرها، فالأمر فيها على ما قاله زفر.

فأما الدابة، فإن أبا يوسف قال: لا يكون النظر إلى وجه الدابة مبطلاً لخيار




الرؤية، حتىٰ ينظر إلىٰ كَفَلها، وروىٰ ابن سماعة عنه: إذا رأىٰ ما بقي، قال معلىٰ عنه: في النظر إلىٰ الدَّوابّ، قال: يسأل النخّاسين، فإن قالوا: يحتاج مع النظر إلىٰ الكَفَل والوجه إلىٰ النظر إلىٰ مؤخرها، لنقصان يكون في المؤخر من غير عيب، فله الخيار إذا لم ينظر إلىٰ مؤخرها ومقدمها.

وقال ابن رستم وعمرو عن محمد: إذا نظر إلىٰ وجه الدَّابَّة أو جسدها فليس له خيار الرؤية.

أما علىٰ الرواية التي اعتبر فيها أبو يوسف الوجه والكَفَل؛ فلأن كل واحد منهما مقصودٌ بالعقد، فاعتبر الوقوف علىٰ صفته.

والرواية التي اعتبرَ الكَفَل، قال: لأنه ينظر إلىٰ أكثرها، فيقوم ذلك مقام الكل.

والرواية الثالثة: يرجع فيها إلىٰ النخاسين؛ ليعلم منهم ما يوقف به علىٰ صفة الدواب.

وأما محمد فقال: إن وجه الدابة وكفلها، كل واحد منهما يُستدل به علىٰ صفتها، فصار كوجه الآدمية.

قال أبو يوسف: وكذلك الشاة إذا نظر إلىٰ وجهها؛ لأن الشاة تختلف باختلاف أطرافها وضرعها، ولا يُستدل بذلك علىٰ وجهها.

قال أبو يوسف: وإن كانت شاة لحم، فلا بد من الجسّ حتىٰ يُعرف الهزال من السمن، فإن رأىٰ ذلك من بعيد ولم يجسّ، فله الخيار؛ وذلك لأن شاة اللحم المقصود منها السِّمَن، وذلك يخفىٰ بصوفها، ويُعرف بجسها، فلذلك اعتبر الجسّ في سقوط الخيار.

بَابُ
الخيار فيما اشترى وهو مغيب في الأرض



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ شيئًا مُغيَّبًا في الأرض، مثل الجَزَرِ، والبصل، والثوم، وبصل الزعفران، وما أشبه ذلك، [١٢٠/أ] فله الخيار إذا رأىٰ جميعه، ولا يكون رؤية بعضه مبطلاً لخياره، فإن رضي بذلك البعض، فخياره باقٍ إلىٰ أن يرىٰ جميعَه.

حكىٰ ما اختصرنا منه هذا: بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وقد روىٰ عمرو عن محمد قال: قال أبو حنيفة: المشتري بالخيار إذا قلع قَلَّت أَوَ كثُرتْ؟ قلت له: فإن قلع البعض؟ قال: لم يزد أبو حنيفة علىٰ ما قلت لك، فأما في قول أبي يوسف وقولي: إذا قلع شيئًا يستدل به علىٰ ما بقي في سمنه وعظمه، فرضي المشتري، فإنه لازم له، وكذلك روىٰ هشام وابن رستم عن قول محمد نفسه.

وقال بشر عن أبي يوسف في مسألة تاريخها سنة إحدىٰ وثمانين ومائة، قال: إذا قلع البائع أو المشتري بإذن البائع، ما له قدر من الكَيْل أو الوزن، فرضيه، فليس له أن يرد ما بقي، وإن قلع ما ليس له قدر من الكيل أو الوزن يُعرف به، لم يسقط خياره.

وإن كان الذي اشترىٰ ما لا يكال ولا يوزن، فإن كان البائع قلعه وهو مما

له ثمن، فهو بالخيار: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك.

وجه قول أبي حنيفة: أن بعض هذه الأشياء لا يدل على بقيتها؛ لأنها تختلف بالكبر والصغر والجودة، فلم يسقط الخيار برؤية البعض، كالثياب والدواب.

وجه قولهما: على رواية محمد: أن البعض يستدل به على الجميع، فهو كالصُّبْرَة.

وجه الرواية الأخيرة عن أبي يوسف: أن المقلوع إذا كان له قدر من الكيل أو الوزن، أو الثمن، فهو مقصود، فالرضا به يسقط الخيار.

وإن لم يكن له قَدْر لم يعتد به؛ لأنه غير مقصود فبقي على خياره، وإنما اعتبر قلع البائع أو قلع المشتري بإذنه؛ لأن المشتري إذا قلع بغير إِذن البائع، فالقلع نقص في المقلوع، والنقص إذا حصل في بعض المعقود عليه، أسقط الخيار في الباقي.

وقد قال أبو يوسف: إذا باع جزرًا، أو فُجْلاً، فاختلف البائع والمشتري في قَلْعه، فقال المشتري: أخاف إن قلعته لا يصلح لي، ولا أقدر على ردّه، وقال البائع: أخاف إن أقلعه فلا ترضاه فيهلك عليّ، فمن تطوع منهما بالقلع جاز، وإن لم يتطوَّع فسخ العقد بينهما؛ لأن المشتري لا يجبر على القلع، فيسقط بذلك خياره، والبائع لا يجبر على القلع؛ لأنه تصرف في المبيع بعدما زال ملكه عنه، والفسخ جائز لعدم الرؤية، فيقطع القاضي الخصومة بالفسخ[1].



(١) انظر: الأصل ٢/٤٧٣.

بَابُ
شراء الأعمى



قال أبو الحسن: وإذا اشترىٰ الأعمىٰ، فله الخيار فيما اشتراه.

والأصل في هذا: أن بيع الأعمىٰ وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترىٰ(١).

وقال الشافعي: إذا وُلد أعمىٰ فبيعه جائز وشراؤه باطل، ومن عمي بعد الصحة، فشراؤه لما كان رآه جائز(٢).

والأصل في ذلك: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال لحِبّان بن منقذ: «**إذا بعت فقل: لا خِلَابة، ولي الخيار ثلاثًا**»(٣)، قال عمر وكان ضريرًا، ذكر ذلك الدارقطني؛ ولأن من جاز له التوكيل في البيع والشراء، جاز له الشراء كالبصير، والتعليل للأكمه حتىٰ لا يقولوا بموجب العلة فيما رآه قبل العمىٰ.

---

(١) انظر: الأصل ٤٧٥/٢؛ مختصر الطحاوي ص٨٣.

(٢) في بيع الأعمىٰ وجهان: أحدهما: يصح، «والثاني: لا يصح؛ لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤية، وذلك لا يوجد في حق الأعمىٰ، ولا يمكنه أن يوكل في الخيار». النهاية ٣٧/٣، والوجه الثاني هو الأصح، كما قال النووي: «والمذهب: بطلان بيع الأعمىٰ وشرائه». المجموع ٣٣٢/٩. انظر: المزني ص٨٨.

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٧٧) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٥٣٣)، كلاهما بدون (ولي الخيار ثلاثًا)؛ ونص الحديث (مع الزيادة) أخرجه الحاكم في مستدركه وسكت عنه؛ «وأخرجه الشافعي والبيهقي وابن ماجه والطبراني في الأوسط والكبير» كما ذكر ابن حجر في الدراية، ١٤٨/٢.

وإذا ثبت جواز البيع، قال أبو الحسن: وجسّهُ وتقليبه بمنزلة النظر الصحيح، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد فيما يُذَاق أو يُشَم؛ لأنه إذا ذاق أو شَمَّ، فهو بمنزلة رؤية الصحيح يرىٰ، وما لم يقدر علىٰ شيء مما ذكرنا فيه، فله الخيار حتىٰ يُوصف له، فإذا وصف له فرضيه، جاز عليه.

قال: وجملة هذا: أن الخيار ثابت للأعمىٰ للجهل بصفات المبيع، والكلام فيما يسقط به خياره: فقد ذكر في الجامع الصغير: في الأعمىٰ يشتري الشيء، قال: فنظره جسّه فيما يُجسّ[1].

وقال هشام عن محمد: في الثياب يبطل خياره فيها بالجسِّ والصفةِ والأدهان بالشم، والسمن علىٰ الصفة والذوق، وكل شيء يذاق فهو علىٰ الذوق والصفة، والحنطة باللمس والصفة.

قال: وإن كان الشيء جَسّه بمنزلة صفته، فجسّه ثم اشتراه، فلا خيار له، فأما الثوب، فلا بد من صفته: طوله وعرضه ووَقعته.

وما لا يمكن فيه ذلك كالتمرة علىٰ رؤوس النخل، فالصحيح: هو أن يعتبر الصفة، وكان أصحابنا يقولون: وكذلك العقارُ.

وقد روىٰ بشر وابن سماعة في الدار قال: يلمس الحائط والتراب، ولمسه بمنزلة النظر.

وروي عن أبي يوسف أنه قال فيما لا يمكن فيه شيء من ذلك: إذا وقف

---

(١) الجامع الصغير ١/٣٤٢ (عالم الكتب). وقال نحوه في الأصل: «والأعمىٰ في كل ما اشترىٰ، إذا لم يُقَلِّب ولم يَجُس بالخيار، فإذا قَلَّب أو جَسَّ، فهو بمنزلة النظر من الصحيح...». ٢/٤٧٥.

بحيث لو وقف البصير لرأىٰ، سقط خياره.

وهذه الروايات لا تختلف في المعنىٰ؛ لأن الخيار يسقط بوقوف المشتري علىٰ صفة المبيع، فما قدر الأعمىٰ علىٰ معرفة صفته بنفسه، اعتبر ذلك باختياره، وما لا يقف عليه بالجَسِّ حتىٰ يضم إليه الصفة، اعتبر الأمران؛ لأن الجسَّ يقدر عليه، وهو مما يعرف به لين المبيع، والصفة يعرف بها لين الثوب، فلا بد منها، وما لا يقدر علىٰ معرفة شيء من أوصافه بنفسه، اعتبر فيه الصفة.

وما قاله أبو يوسف في الوقوف بقرب الشيء، بعيدٌ؛ لأنه لا يستفيدُ به فائدة، ووجهه: أنه أقصَىٰ ما يقدر عليه، فصار كنظر البصير الذي لا خبرة له بالمبيعات.

وقد قالوا: لو اشترىٰ الأعمىٰ ما وصف له، ثم أبصر، فلا خيار له؛ لأن العقد وقع علىٰ حالة غير موجبة للخيار، فلا يوجبه في الثاني.

فإن اشترىٰ البصير ما لم يَره، ثم عمي، انتقل إلىٰ الصفة؛ لأنه لا يقدر إلا عليها، ولو اشترىٰ البصير ما وصف له، لم يسقط خياره؛ لأنه يقدر علىٰ النظر، والصفة قائمة مقام الرؤية عند العجز، فلا يقوم مقامه عند القدرة[1].



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٩٢؛ القدوري ص ١٧٣.

بَابُ
الاختلاف في خيار الرؤية



قال أبو الحسن: إذا اختلف البائع والمشتري، فقال البائع: بعتك ما رأيتَ، وقال المشتري: لم أرَه، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ وذلك لأن البائع يدعي الرؤية، وهو معنى حادث، فلا يُقبل قوله في حدوثها إلا ببيِّنة، ويُسْتَحلف المشتري؛ لأن البائع يدّعي عليه سقوط الفسخ، وذلك مما يصحّ بذله، فيُستحلف فيه.

قال أبو الحسن: فإن اختلفا بعد ذلك في المبيع، فقال البائع: ليس هذا ما بعتكَ، وقال المشتري: هو ما بعتَنِي، فالقول قول المشتري.

والأصل في هذا: أن كل موضع ينفسخُ العقد فيه بقول المشتري وحده، فالقول قوله في المبيع مع اليمين، وكل موضع لا ينفسخ العقد بقوله إلا برضا البائع أو حكم الحاكم، فالقول قول البائع في المبيع، مثل الرد بالعيب.

أما الفصل الأول: فهو الرَّدّ بخيار الرؤية والشرط؛ وذلك لأن البيع ينفسخ بقول المشتري: فَسَخْتُ، ويعود المبيع إلىٰ ملك البائع، فالاختلاف فيه اختلاف فيما استحقه البائع علىٰ المشتري، فالقول فيه قول المشتري، كالغصب والوديعة.

وأما الفصل الثاني: فلأن العقد لا ينفسخ بقول المشتري، وإنما يدعي ثبوت الفسخ فيه، والبائع إذا جحد أن يكون باعه تلك العين، نفىٰ حق الفسخ، ومن يدعي ثبوت الفسخ لا يقبل قوله، ورجع إلىٰ قول النافي له، كما لو ادّعىٰ عليه الإقالة، فأنكَرَ.

بَابُ
العيوب التي توجب الرد

[١٢٠/ب] قال أبو الحسن: وكل ما نقص القيمة بكونه فيما بيع أو في معناه، فهو عيب يُردُّ به إذا لم يعلم المشتري، أو تبرأ منه البائع، وقد يكون ذلك في نفس المبيع، كالعَور والشَّلَل، والخرق في الثياب، والهشم في الأواني، والعقار إذا كان فيه شيء واهٍ، والأرض المزروعة)[١] إذا كان فيها شيء يفسد[٢] الزرع مثل السَّبْخ[٣]، وأما ما يكون في المعنىٰ فكالسَّرَق، والإباق.

قال: وجملة هذا أن إطلاق العقد يقتضي صحة المعقود عليه، بدلالة أن النبي ﷺ اشترىٰ مملوكاً، وكتب في عهدته: (هذا ما اشترىٰ محمد رسول الله من العدّاء بن خالد بن هَودة اشترىٰ منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة، ولا خِبْثة، بيعَ المسلم للمسلم)[٤].

وهذا يدل أن عقود المسلمين تقتضي صحة المعقود عليه، فإذا وجد بالمبيع عيباً لم يعلم به، ولم يتبرأ [منه] البائع، فقد خالف صفة المعقود[٥] عليه [ما][٦]

(١) إلىٰ هنا سقطت من ج والمثبت من أ.
(٢) في أ (يفسخ).
(٣) في أ زيادة (والنتر).
(٤) أورده الشوكاني في نيل الأوطار بكامله، وقال: «رواه ابن ماجه والترمذي»، ٣٢٥/٥؛ وأورده ابن حجر في فتح الباري وقال: «سنده حسن، وله طرق إلىٰ العداء...»، ٣٥٠/١٢.
(٥) في أ (صفة المبيع).
(٦) في ج (قال) والمثبت من أ.

اقتضاه العقد، فثبت للمشتري الخيار، وأما إذا رآه عند الشراء فقد رضي بنقصان الصفة، فلا يثبت له خيار، وكذلك إذا [تبرأ][1] البائع منه فقد استثناه من العقد، وأزال إطلاقه، فيسقط بذلك الخيار[2].



(١) في ب (اشترئ) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢/٤٨٨، ٤٨٩.

بَابُ
العيوب



قال أبو الحسن: إذا اشترىٰ الرجل معيباً فوجد [بما اشترىٰ][1] عيباً، أو وجد ذلك في بعضه كائناً [ما] كان معدوداً أو موزوناً، أو مكيلاً، أو شيئاً واحداً، وذلك قبل[2] القبض، أو بعد قبض بعضه، فهو بالخيار: إن شاء أَخَذَ الكُلَّ، وإن شاء رَدَّ الكُلَّ، وليس له أن يأخذ الصحيح ويرد المعيب، إلا أن يرضىٰ البائع بذلك[3].

والأصل في هذا: ما بيَّنَّا أن المشتري لا يملك تفريق الصفقة علىٰ البائع في الإتمام، وبيَّنَّا أن عدم القبض يمنع تمام الصفقة، فلو رَدَّ المشتري البعض فرق الصفقة علىٰ البائع في الإتمام، وهذا لا يصح، وكذلك إذا قبض البعض؛ لأن الصفقة لم تتم لعدم القبض في بعضها.

ألا ترىٰ أن ما لم يقبض لو هلك، هلك علىٰ ملك البائع، فلا يجوز فيه تفريق الصفقة. وأما إذا رضي البائع بذلك جاز؛ لأنَّا منعنا التفريق لحقه فإذا أسقط حقه جاز، وأما إذا كان ذلك بعد القبض، فوجد العيب ببعض المبيع فهو علىٰ وجهين:

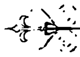
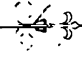
إن كان في تفريقه عيب لم يملك رد بعضه دون بعضٍ، كزوجَي خُفّ،

---

(١) في ج (به) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بعد).

(٣) انظر: الأصل ٢/٤٩٢.

ومصراعَي بابٍ ؛ لأن انفراد أحدهما عن الآخر عيب ، فلو رد المعيب لردّه بعيب لم يكن في ملك البائع وهذا لا يصح ، وأما إذا لم يكن في تفريقه عيب ، كالعبدين والثوبين فله أن يمسك الصحيح ، ويرد المعيب ، وقال زفر: يردهما ، وهو قول الشافعي.

لنا: أن العقد وقع عليهما وتم بالقبض ، وسبب الخيار وجد في أحدهما ، فصار كمن اشترىٰ عبدين ، بَتَّ العقد في أحدهما وشرط الخيار في الآخر ؛ ولأن الصفقة تمت بالقبض ، فجاز للمشتري رَدّ بعضهما بالعيب ، كما لو كان البائع اثنين فرد نصيب أحدهما.

وجه قول زفر: أن الإنسان [قد] يبيع الشيئين رغبة في بيع أحدهما ، فلو رد أحدهما عليه للحقه بذلك ضرر ، (وهذا لا يصح)[1] [فصار] كما لو [رَدَّ][2] قبل القبض.

١٣٥١ ـ فَصْل: [مسك المشتري المبيع وأخذ الأرش]

فإن قال المشتري: أنا أمسك المبيع وآخذ الأرش ، فليس له ذلك إلا برضا البائع ؛ لأن البائع لم يرضَ أن يستحق عليه المبيع إلا بجملة من الثمن ، فلا يجوز أن يستحق عليه [تبعيضها][3] إلا برضاه ، وعلىٰ هذا قالوا في استحقاق أحد العبدين ، إن كان قبل القبض كان للمشتري رَدّ الآخر ليفرق الصفقة عليه ، وإن كان بعد القبض لم يكن له ردّه ؛ لأن الصفقة تمت بالقبض ، وسبب الفسخ

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ج (كان) والمثبت من أ.

(٣) في ج (ببعضها) والمثبت من أ.

وجد في البعض.

١٣٥٢ ـ فَصْـل: [رَدُّ بعض المُشترىٰ إذا وجد الجميع مَعيباً]

قال أبو الحسن: وإذا أصاب المشتري جميع ما اشترىٰ معيباً، فأراد رد بعضه وأخذ بعضه فله ذلك، إذا كان المردود مما لو كان العيب به وحده فله رده؛ وذلك لأنه إذا رضي ببعض المعقود عليه سقط الفسخ فيه، فصار كما لو كان صحيحًا لا عيب فيه، فيردّ الباقي [خاصة].

١٣٥٣ ـ فَصْـل: [علم المشتري بالعيب قبل القبض]

وإذا وجد ببعض ما اشترىٰ عيباً قبل القبض، فقبض المعيب وهو يعلم بالعيب، فهو رضًا ويلزمانه؛ وذلك لأن القبض يدل علىٰ الرضا.

ألا ترىٰ أن من يختار الفسخ لا يقبض، ومن كان له الخيار، ففعل ما يدل علىٰ إسقاط خياره سقط.

فإن قبض الصحيح من العبدين أو كانا معيبين، فقبض أحدهما، قال أبو يوسف: ليس ذلك برضًا؛ لأن قبض بعض المبيع لا تتم الصفقة به، فلو أسقطنا خياره فيهما أسقطناه في الآخر ولم يرضَ به، ولو أسقطنا خياره في المقبوض دون الآخر، فَرَّقْنا الصفقة، وهذا لا يصح[1].



(١) انظر: الأصل ٢/٤٩٠ وما بعدها.

بَابُ
معرفة العيوب



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب أن كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، وما [لا] يوجب نقصان الثمن في عادتهم فليس بعيب؛ لأن المبيع يبتاع للربح والزيادة، فالمرجع فيما يزيد [فيه][1] أو ينقص إلىٰ العادة، والعيوب علىٰ ضربين: عيوب مشاهدة لنقص ظاهر أو باطن، وعيوب في المعنىٰ.

فأما العيوب في الخِلْقَة: فكالعَمَىٰ، والعَوَر، والشَّلَل، والحَوَل، والخَوص: وهو اتساع إحدىٰ العينين، والسَّبَل: هو زيادة في الأجفان، والصَّمَم، والطَّرَش، والخَرَس، والإصبع الزيادة والناقصة، والقُرُوح، والشِّجَاج، وأثر الجراح والأمراض كلها، والأدواء التي تكون في سائر الأبدان والحمّيات، والأَدر عيب: وهو انتفاخ الأنثيين، والعَشَا عيب: وهو الذي لا يبصر بالليل، والعَمَش عيب، والسِّن السوداء والساقطة، والظُّفْر الأسود، والقَرْن عيب: وهو عَظْم في الفرج يمنع الوطء، والعَفَل عيب: [وهو لحم نابت في الفرج، والبَرَص والجُذَام عيب، والفَتَق عيب والسِّلْعَة[2] والكيّ والفَدَع]: وهو اعوجاج في القدم، والفَحَج عيب: وهو تباعد ما بين الساقين، والحَنَف

---

(١) في ج (به) والمثبت من أ.

(٢) «السِّلْعة: الضَّواة، وهي زيادة تحدث في الجسد كالغدّة». الصحاح (سلع).
والسَّلْعة: بالفتح: الشّجّة». الصحاح (سلع).

عيب: وهو انقلاب القدم[1]، [والشَّدَقُ][2] عيب: وهو اتساع في الفم فاحش، والعزل عيب: وهو اعوجاج ذَنَب الدابة، والمَشَش [عيب]، والدَّخس، والحَرَن، والزوائد، والجَرَد، والجَمْح، وَبَلّ المخلاة، وخلع الرَّسَن، والانتشار في العين، والستر وهو انقلاب الجفن، [والظُّفْرُ][3] وهو البياض الذي ينبت في العين، والشعر في جفون العين عيب، والجَرَب بالعين وغيرها من البدن عيب، والسُّعَال القديم عيب، والاستحاضة في الجارية عيب؛ لأنها داء يعرض، وارتفاع الحيض عيب؛ لأنها لا تلد، والتخنيث في الغلام عيب، والشَّمَط في الشعر.

قال بشر عن أبي يوسف: الشمط في الغلام والجارية عيب، والثؤلول والخال ما فحش منه فهو عيب، (وما لم يفحش فليس بعيب، والصُّهُوبة في الشعر عيب)[4]، وهذا كله على ما قدمنا؛ لأن هذه [العيوب كلها] تنقص الثمن في العادة، والبخر عيب في الجارية وليس بعيب في الغلام إلا من داء؛ لأن الجارية تراد للاستفراش، والغلام للاستخدام، والبخر لا يؤثر في الاستخدام، والدَّفَر في الجارية عيب، وفي الغلام ليس بعيب، إلا أن يكون فاحشاً ينقص الثمن؛ لأن الدفر نَتْن في البدن، والغلام يراد للاستخدام، وذلك لا يؤثر في الخدمة، إلا أن يكون فاحشاً فيمنع من القرب إلى المولى، والحبل في الجارية عيب؛ وذلك لأنه يمنع [من] الوطء ويوجب نقصان الثمن في العادة، فأما الحبل

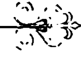
---

(١) وفي المعجم الوجيز: «حَنِفَ الرجل: اعوجت قدمه بسبب الْتِواء في رُسغ القدم» (حنف).

(٢) في ب (السدف) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الصفر) والمثبت من ج.
الظُّفْرُ: جليدة تُغَشي العين، كما في القاموس؛ وقال في اللسان: الظفر: لحم ينبت في بياض العين، وربما جلل الحدقة. (ظفر).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

في سائر البهائم فهو زيادة وليس بعيب ، والثيوبة ليست بعيب ؛ لأنها غالب حال الجواري إلا أن يشتريها علىٰ أنها بِكْر ؛ لأنها ناقصة عما شرط ، فإن كانت الجارية [غير] مختونة والغلام غير مختون وهما [جليبان] فإن ذلك ليس بعيب ؛ لأن الكفار لا يختتنون ، وإن كانا مُوَلَّدين صغيرين فليس بعيب ؛ لأن مدة الختان لم تفت ، وإن كانا كبيرين فهو عيب ؛ لأن المولد لا يؤخر ختانه ، وفي الختان بعد الكبر صعوبة وزيادة ألم ، ولو اشترىٰ مصحفًا فوجد في حروفه سقطاً أو في نقطه فهو عيب ؛ لأن هذا يوجب نقصان الثمن ، والزنا في الجارية عيب ؛ لأنها تراد للاستيلاد وذلك عيب ، والزنا في الغلام ليس بعيب وإنما هو عيب في الدين ؛ لأن الغلام يراد للخدمة والزنا لا يؤثر في الخدمة ، إلّا أن يكون مداوماً للزنا حتىٰ ينقطع [به عن][1] خدمة المولىٰ فهذا عيب ، وإذا كانت الجارية ولد زنا فهو عيب ؛ لأنها تستولد فيعاب ولدها لذلك ، وليس هذا بعيب في الغلام ؛ لأنه يراد للاستخدام .

وأما العيوب في المعنىٰ : فبول الصبي في الفراش والسَّرَق والإباق .

وقد قال أبو حنيفة : إن السرق والبول إذا كان في الصغير قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ، فليس بعيب ؛ لأنه لا يعقل الامتناع عن هذه الأشياء ، فإذا أكل وحده وشرب وحده فالبول والسرق والإباق عيب فيه مادام صغيراً ؛ لأنه لا يقدر علىٰ الامتناع من ذلك ، فإذا بلغ لم يكن ما سبق عيبًا بعد البلوغ ؛ لأن هذه الأفعال من أخلاق الصبيان ، والظاهر أن خلق الصبيان ينتقل عنه بعد البلوغ ، فإذا عاد إلىٰ ذلك بعد البلوغ فهو عيب أبداً ؛ لأنَّا علمنا أنه لم يفعل ذلك بخلق الصغر ،

(١) في ج (من) والمثبت من أ.

وإنما هو لطبعه.

وقد قالوا في الجنون في الصغر: إنه عيب أبداً؛ لأن الجنون نقصان في الخلقة، وذلك لأنه يختلف بالصغر والكبر.

وإذا وجد المملوك على غير الإسلام فهو عيب؛ لأن الكفر نقص قال الله تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢١].

ولو اشترى النصراني عبداً على أنه نصراني فوجده مسلماً فليس بعيب؛ لأن الإسلام زيادة فيه، وإنما شرط بائعه أنه نصراني على وجه التبرؤ من العيب، وإذا لم يوجد العيب لم يثبت [له] الخيار، والزوج للأمة والزوجة للعبد عيب؛ وذلك لأن الأمة المتزوّجة لا يتوصل المولى إلى وطئها ولا إلى تحصيل [غرض][(١)] استباحتها، فصار ذلك كاستحقاق شيء منها.

فأما العبد المزوج فتستحق رقبته بالمهر والنفقة، فإن كانت الجارية معتدة من طلاق رجعي فهو عيب؛ لأنها في حبال الزوج، وإن كانت من طلاق بائن فليس بعيب؛ لأنه لا سبيل للزوج عليها إلا برضا المشتري، فالتحريم فيها عارض [كتحريم الحيض]، [والإحرام في الجارية][(٢)] ليس بعيب؛ لأن المشتري يحللها عندنا إن شاء، وإن كانت الجارية محرَّمة الوطء على المشتري برضاع أو صهر فليس بعيب؛ لأنه يقدر على استيفاء استباحتها بالتزويج وأخذ العوض، فتحريمها عليه لا يعد عيباً؛ ولأنا بينا: أن العيب ما يوجب نقصان الثمن عند التجار، وتحريم الجارية على واحد من الناس لا ينقص ثمنها، وإذا كان على

(١) في ب (عوض) والمثبت من أ.

(٢) في ج (والمحرمة) والمثبت من أ.

العبد دَيْن أو في رقبته جناية فهو عيب؛ لأنه يجب بيعه في الدَّيْن ودفعه في الجناية، فتستحق الرقبة بذلك.

وإذا اشترىٰ جارية فوجدها لا تحسن طبخاً ولا خبزاً فليس ذلك بعيب؛ لأن هذه صناعة تعلم وينفق عليها [الأعواض] كالكتابة، ومعلوم أن العبد إذا لم يكن كاتباً فليس بعيبٍ، فإن كان البائع شرط أنها تخبز، فوجدت لا تحسن الخبز رَدَّها؛ لأنها لم توجد علىٰ شرطه، فوجب الرد بالشرط لا بالعيب، ومن اشترىٰ جارية تحسن الخبز والطبخ ولم يشرط ذلك، فنسيت في يد البائع رَدَّها؛ لأنها نقصت عما كانت عليه في حال العقد، ونقصان البيع عما وقع عليه العقد يوجب الخيار.

١٣٥٤ - فَصْل: [استحقاق بعض المبيع قبل القبض]

وإذا استحق بعض المبيع قبل القبض، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ ما بقي وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة لم تتم فاستحقاق البعض تفريق الصفقة في الإتمام، وإن كان ذلك بعد القبض ألزمه البائع بحصتها ولا خيار له إذا لم يكن فيه شركة؛ لأن الصفقة تفرقت في الفسخ، فأما إذا صار المستحق شريكاً، مثل أن يستحق بعض العبد، فللمشتري أن يردَّ الباقي؛ لأن الشركة عيب فيرد بالعيب لا بتفرق الصفقة[1].



(١) انظر: الأصل ٤٨٩/٢ وما بعدها.




بَابُ
ما يمنع الرد بالعيب



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب أن المشتري إذا ظهر علىٰ عيب بالمبيع لم يعلم به، وقد حدث عنده عيب آخر، فإنه يرجع بأرش العيب ولا يرده.

وقال مالك: يرده مع أرش العيب الحادث(١).

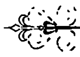
لنا: أن المبيع خرج من ملك البائع بعيب واحد، فلو رُدَّ لَرُدَّ بعيبين وهذا لا يصح؛ ولأن حق البائع مع المشتري كحق المشتري مع البائع عند العقد، ومعلوم أن العيب إذا حدث في يد البائع كان للمشتري أن يمنع من إمضاء البيع وله أن يرضىٰ به، كذلك إذا حدث عند المشتري عيب فللبائع أن يمتنع من قبول [العقد](٢) وله أن يرضىٰ به.

وأما مالك فيقول: تساويا في حدوث العيب عند كل واحد منهما، والبائع قد دَلَّس والمشتري لم يدلس، فالرد علىٰ من دَلَّس أولىٰ.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن [هذا] الحكم لا يختلف بعيب عَلِمه البائع فدلسه وبعيب لم يعلم به؛ ولأن تدليس البائع قد ثبت به الخيار، ثم سقط بحدوث

(١) في القوانين لابن جزي: «فهو بالخيار: إن شاء ردّه ورد أرش العيب الحادث عنده، وإن شاء تمسك به وأخذ أرش العيب القديم» ص٢٩٢. انظر: المدونة ٣/٢٩٤؛ المعونة ٢/١٠٥٥.

(٢) في ب (للعبد) والمثبت من أ.




العيب في ضمان المشتري، وما أوجب الخيار يجوز أن ينقطع الخيار فيه، ولا يجب استدامته. والله أعلم.

١٣٥٥ ـ فَصْل: [حدوث عيب عند المشتري لم يجب عليه بدل]

إذا ثبت هذا، قلنا: إذا حدث عند المشتري عيب لم يجب عليه بدل، ولم يختلط المبيع بشيء من ملك المشتري لا يمكن إزالته أو يمكن إزالته بضرر يدخل على المشتري، فللمشتري أن يرجع بأرش العيب إلا أن يرضى البائع أن يأخذه، ولا يطالب المشتري بشيء؛ وذلك لأن الرَّدَّ تعذر بحق البائع، [والرّدُّ][(١)] متى تعذر من طريق الحكم وجب الأرش، فإذا رضي البائع بأخذ المبيع بغير أرش، فقد أسقط حق نفسه، فالمشتري بالخيار: إما أن يمسك المبيع بغير أرش أو يرد، وليس له المطالبة بأرش؛ لأن الأرش يكون عند تعذر الرد، والرد يمكن باختيار البائع، وهذا مثل العور والشلل، ووطئ المشتري الجارية وتقبيلها بشهوة، أو قطعه يد العبد، فإن وجب بدل للمشتري [بالنقص][(٢)] فقبضه أو لم يقبضه، رجع بالأرش، وليس للبائع أن يقول أنا آخذ وأرد الثمن، وهذا مثل أن يقطع يد العبد، أو يطأ الجارية لشبهة فيجب [العُقْر][(٣)]؛ لأن الردَّ تعذر من طريق الحكم فيجب الأرش، وليس للبائع الاسترجاع؛ لأن الأرش والعقر لم يقع[(٤)] عليهما العقد، فلا يقع عليهما الفسخ، فإن حدث نماء وزيادة في نفس المبيع، وكان قائماً في يد المشتري، [أو وجب فيه بدل على أخذ مثل أن تلد الجارية،

---

(١) في ج (المرد) والمثبت من أ.

(٢) في ج (بالقبض) والمثبت من أ.

(٣) في ج (العقد) والمثبت من أ. «والعُقْر: صداق المرأة إذا أتيت بشبهة». المغرب (عقر).

(٤) في أ (يعقد).

أو تثمر الشجر أو النخل، وذلك كله في يد المشتري]، أو استهلكه مستهلك، فوجب له العوض، فللمشتري الأرش.

وليس للبائع أن يأخذ المبيع؛ لأن هذه الزيادة لم يقع عليها العقد، فلا يقع عليها الفسخ، وقد تعذر الرَّدُّ من طريق الحكم للأرش [فيجب الأرش]، وكذلك إن خلط المشتري بالمبيع شيئاً من ماله لا يقدر على إزالته، مثل أن يصبغ الثوب بعُصْفُر أو زَعْفَرَان، أو [لَتَّ][1] السَّويق بالسمن، أو خلط المبيع بما يمكن إزالته بضررٍ مثل أن يبني في العَرَصة، فإنه يرجع بالأرش وليس للبائع أن يقول أنا آخذ؛ لأن البناء والصبغ لم يقع عليهما العقد فلا يقع عليهما الفسخ، ولا يجوز الفسخ في الثوب دون الصبغ؛ لاستحالة نقل الملك في الثوب دون صبغه، فلم يبق إلا تعذر من طريق الحكم فيجب الأرش.

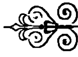
١٣٥٦ - فَصْل: [تصرفُ المشتري بالسلعة ما يخرجها عن ملكه]

فإن تصرف المشتري تصرفاً أخرج به السلعة عن ملكه، وقد كان للبائع قبل تصرفه أن يقبل المبيع، لم يرجع بالأرش، وهذا كالعتق والتدبير والاستيلاد والبيع؛ وذلك لأن البائع [كان] مخيَّرًا: بين دفع الأرش وبين الفسخ، والمشتري بتصرفه قد منع الفسخ، فلا يتعين الأرش على البائع بفسخه.

وإن كان المبيع قبل تصرف المشتري بحال لو أراد البائع أن يقبله[2] لم يكن له ذلك، فللمشتري أن يرجع بالأرش؛ لأن الأرش كان متعيناً فلم يسقط المشتري حقّاً للبائع بتصرفه، فبقي وجوب الأرش على ما كان عليه، فصار هذا الفصل

(١) في ج (ثلث) والمثبت من أ.

(٢) في أ (يقيله).




علىٰ قسمين: كل موضع كان للبائع أن يقبل فتصرف المشتري رضًا، وكل موضع لم يكن له أن يقبل فتصرف المشتري ليس برضًا.

١٣٥٧ - فَصْل: [طريقة تحديد الأرش]

وإذا وجب الرجوع بالأرش قوّمت السلعة صحيحة وقومت وبها هذا العيب، فإن كان ينقصها عُشر قيمتها، رجع المشتري بعشر العوض؛ لأن الأرش هو حصة العيب من الثمن، والثمن عوضٌ والقيمة عوض، فمقدار ما ينقص من القيمة هو الذي يجب إسقاطه من الثمن(١).



(١) انظر: الأصل ٢/٤٨٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٦٧ وما بعدها؛ القدوري ص ١٧٤.

بَابُ
ما يمنع الرجوع بالأرش وما لا يمنع



قال أبو الحسن: إذا تصرف المشتري في السلعة بشيء مما ذكرت لك أنه يبطل خيار الشرط وهو يعلم بالعيب، فهو رضًا ولا شيء له على البائع من ردٍّ ولا أرش؛ وذلك لأنه لما اطلع على عيبٍ كان بالخيار: إن شاء رضي، وإن شاء ردَّ، فإذا فعل ما يستدل به على الرضا قام مقام قوله قد رضيت، وهذا مثل أن يعرض السلعة على البيع أو يستام بها، وإن تصرف وهو لا يعلم وهي في ملكه، فله أن يرجع بالأرش، إلا [في] الكتابة خاصة؛ لأن التصرف جعلناه دلالة على الرضا، فإذا كان لا يعلم بالعيب استحال أن يكون راضياً به، وإذا لم يسقط خياره وتعذَّر الرَّدُّ بتصرفه وجب الأرش.

فأما الكتابة فلأنها كالبيع، ألا ترى أنه عقدٌ على الرقبة يوجب زوال اليد، وينتقل به استحقاق الأرش، فصار كالبيع، وإن كان تصرفه أخرجه من ملكه، فليس له أن يرجع بالأرش إلا في العتق خاصة، وذلك مثل البيع والهبة مع القبض؛ لأنه منع الرَّدَّ [بفعل][1] مضمون، فصار كما لو أمسك المبيع، وقال: لا أردّه، فأما إذا أعتق فالقياس أن لا يرجع بالأرش؛ لأنه منع الرَّدّ بفعله فصار كما لو باعه.

ووجه الاستحسان: أن العتق ليس بسبب موجب للضمان بكل حال، ألا

(١) في ج (بنقل) والمثبت من أ.

ترىٰ أن الشريك المعسر لا يضمن إذا أعتق، والشريك الموسر إذا وَكَّلَ رجلاً بالعتق لم يضمن الوكيل، فالتعذر لم يقع بفعل مضمون، وإنما وقع بزوال ملكه حكماً فهو كموت العبد، فأما إذا أكل الطعام أو لبس الثوب حتىٰ نقص أو هلك، قال أبو حنيفة: لا يرجع بالأرش، وقالا: يرجع استحساناً.

وجه قول أبي حنيفة: أنه منع الرَّدَّ بفعل مضمون، فصار كالقتل والمنع[1].

وجه قولهما: أن الأكل واللبس تصرف للمشتري المبيع لأجله، كالعتق وهذا يبطل بالبيع.

١٣٥٨ ـ فَصْل: [الرَّدُّ بعد أكل بعض الطعام]

وإن أكل بعض الطعام لم يرد ما بقي، ولم يرجع بالأرش فيما أكل، ولا فيما بقي عند أبي حنيفة؛ لأن الطعام كالعبد الواحد.

ألا ترىٰ أن العيب ببعضه عيب بجميعه، ومن اشترىٰ شيئاً فوجد به عيباً فتصرف في بعضه لم يثبت له الرَّدُّ، ولا الأرش [كذلك هنا]، واختلفت الرواية عن أبي يوسف ومحمد: فروي عنهما أنه يَردُّ ما بقي، ويرجع بأرش ما أكل؛ لأنه لو أكل الجميع رجع بالأرش، فكذلك إذا أكل البعض، وما بقي يمكن ردُّه من غير ضررٍ؛ لأنه ليس فيه عيب الشركة فيرد، وروي عنهما: أنه لا يرد ما بقي ويرجع بأرش الجميع؛ لأن في رَدِّ البعض تبعيض[2] الصفقة فيما هو في حكم الشيء الواحد، فإذا تعذر الرَّدُّ حكماً وجب الأرش.

---

(١) في أ (كقتل المبيع).
(٢) في أ (تفريق).

١٣٥٩ - فَصْل: [العلم بالعيب بعد بيع بعض الطعام]

فإن باع بعض الطعام ثم علم بالعيب، لم يرجع بأرش ما باع، ولا بأرش ما بقي؛ لأنه تعذر الرد للمبيع[١] وهو فعل مضمون.

ألا ترىٰ [أنه لو ردّ ما بقي لتبعّض][٢] الرد فيما هو في حكم الشيء الواحد، فصار كالتعذر بالبيع، واختلفت الرواية عن أبي يوسف: فروىٰ هشام عنه: أنه يرد ما بقي، ولا يرجع بأرش ما باع[٣]؛ وذلك لأنه لو باع الكل، لم يرجع بأرشه، فكذلك إذا باع البعض ولو بقي الكل لرده، فكذلك البعض إذا لم يكن فيه ضرر الشركة، وصار كعبدين وجدَ بهما عيباً بعدما باع أحدهما، وروىٰ ابن سماعة عنه: أنه لا يرد الباقي، ولا يرجع بالأرش، وهذا مثل قول أبي حنيفة، وروي [عنه]: أنه يرجع بأرش ما بقي خاصة؛ لأن الرَّدَّ تعذر فيه بالتبعيض فوجب أرشه، وروىٰ ابن رستم عن محمد: أنه لا يرجع بأرش ما باع و[ما][٤] بقي، وهذا مثل قول أبي حنيفة، وروي أنه يرد ما بقي، وقد بينا وجه ذلك لأبي يوسف.

١٣٦٠ - فَصْل: [خروج المبيع من ملك المشتري بغير فعله]

قال أبو الحسن: فإن خرج المبيع من ملكه بغير فعله مثل أن تموت الجارية، أو [يهلك][٥] الثوب، رجع بالأرش؛ لأن الرد تعذر من طريق الحكم.

(١) في أ (للعيب فالبيع).
(٢) في ج (أنه لا يجوز رد ما بقي فتبعيض) والمثبت من أ.
(٣) في أ (ما بقي).
(٤) في ج (ولا) والمثبت من أ.
(٥) في ج (يملك) والمثبت من أ.

ألا ترىٰ أن الهالك لا [يمكن][1] نقل الملك فيه، وتَعَذُّر الرَّدِّ حكماً يوجب الأرش.

قال: فإن كان ذلك بفعل غيره فوجب له الضمان، لم يرجع بالأرش.

وقد قدمنا هذا في القسم الأول، وقد قالوا فيمن اشترىٰ داراً فبناها مسجداً ثم اطلع علىٰ عيبٍ، لم يرجع بأرشه؛ لأن ملكه زال عن المبيع بفعل مضمون.

ألا ترىٰ أنَّ من فعل ذلك في دارٍ في يده ثم أقرَّ بِها للغير كان في حكم الغاصب، وقالوا لو اشترىٰ ثوباً فكفن به ميتاً ثم ظهر علىٰ عيب، فإن كان المشتري وارثاً للميت رجع بالأرش؛ لأن مقدار الكفن لا يملكه الوارث من [التركة][2]، وإنما هو مستحق عليه، فإذا اشتراه وكفن به فلم ينتقل بالتكفين عن الملك الذي أوجبه العقد، وقد تعذَّر فيه الرَّدُّ فيرجع بالأرش، وقالوا لو كفن بالثوب أجنبياً تبرع بتكفينه لم يرجع بأرش العيب؛ لأنه لما ابتاع الثوب ملكه، وبالتكفين يزول ملكه عنه، وزوال الملك بفعل مضمون يسقط الأرش.

١٣٦١ - فَصْل: [حصول الفسخ بعيب خروج السلعة من ملك المشتري]

قال أبو الحسن: فإن أخرج المشتري السلعة من ملكه ففسخ ذلك بعيب بقضاء أو بغير قضاء، قبل القبض كان المشتري في ذلك بمنزلة من لم يبع؛ وذلك لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ.

ألا ترىٰ أنه لا يقف علىٰ رضا البائع، وإذا انفسخ العقد صار كأنه لم يكن،

(١) في ج (يملك) والمثبت من أ.

(٢) في ج (التولد) والمثبت من أ.

وإن كان بعد القبض، فإن كان بقضاء فهو مثل الأول؛ لأن الرَّد بقضاء فسخ للعقد من أصله.

ألا ترىٰ أن المبيع يدخل في ملكه بغير قبوله ولا رضاه، فيصير عقده كأن لم يكن، وإن كان الرَّدُّ بغير قضاء لم يكن للبائع أن يرده (علىٰ بائعه)[1] ولا أن يرجع بالأرش؛ لأن هذا في حكم تمليك [ملك] مبتدأ.

ألا ترىٰ أنه دخل في ملكه بقبوله ورضاه، ولو رُدّ عليه بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده، كان له أن يردها؛ لأن هذا فسخ للعقد.

ألا ترىٰ أنه يفسخ[2] بفعل المشتري وحده، فقد دخل في ملك البائع بغير قبوله ولا رضاه، فإن وهبها وأقبضها ثم رجع في الهبة (بقضاء أو بغير قضاء فله أن يردها؛ لأن الرجوع في الهبة عندنا)[3] فسخ بكل حال، فصار كالفسخ بخيار الشرط، وعلىٰ قول زفر يختلف الرجوع في القضاء وغير القضاء، وقد ذكر في الهبة مسألة تدل علىٰ اختلاف القضاء وغير القضاء [في الرجوع]، والكلام في هذا في كتاب الهبة.

١٣٦٢ـ فَصْل: [ادّعاء المشتري عيبًا بالمبيع]

قال أبو الحسن: وإن ادَّعىٰ المشتري عيباً بالمبيع، فإن كان عيباً ظاهراً مشاهدًا فهو علىٰ وجهين:

إن كان مما لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة والناقصة والشامة، فإن القاضي

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (يقع).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

يقضي برده إذا طلب ذلك المشتري؛ لأن إطلاق العقد يقتضي الصحة، وقد علمنا وجود العيب في يد البائع، فوجب القضاء بالرد.

وإن كان عيباً يحدث مثله كالقروح والأمراض، فادّعىٰ المشتري أنه كان في يد البائع، وادعىٰ البائع أنه حدث في يد المشتري، لم يقبل قول المشتري، إلا أن يقيم بينة؛ لأنه يدَّعي سبب[1] الخيار، فالقول قول من ينفيه، وإن لم يقم البينة استحلف البائع بالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب؛ لأن البائع جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة، والشيء [مما] يصح بَذله فكان القول قوله مع يمينه، كالمدعىٰ عليه المال، ويستحلف علىٰ البينة لأنها يمين علىٰ فعله، وهو وقوع البيع والتسليم علىٰ صفة دون صفة، وإنما جمعنا بين البيع والتسليم؛ لأنه قد يبيعه ولا عيب به، ثم يطرأ العيب قبل التسليم فيجب الفسخ به، فلهذا يستحلف علىٰ التسليم، ولو اقتصر في اليمين علىٰ قوله والله لقد سلمته وما به هذا العيب، اكتفي بذلك؛ لأنه يجمع الأمرين.

وأما إذا كان العيب مما لا يشاهد كالعيوب المتعلقة بالأفعال من السَّرَق والإباق والبول في الفراش، أو النقص في البدن الذي لا يشاهد في كل حال، كالجنون والعيوب الباطنة، فإن القاضي يسأل البائع هل هذا العيب المدَّعىٰ موجود بالعبد[2] أم لا، فإن جحد العيب فلا خصومة بينهما حتىٰ يقيم المشتري البينة أن العبد قد جُنّ[3] عنده أو أبق أو سرق؛ وذلك لأن الخصومة في العيب فرع علىٰ وجوده، فما لم يعلم وجوده باتفاقهما أو بالبينة لم تثبت الخصومة فيه،

(١) في أ (ثبوت).
(٢) في أ (عيبًا موجودًا بالعبد الآن أم لا).
(٣) في أ (صُمّ).

وإن طلب المشتري يمين البائع على ذلك، فإن القاضي يستحلف البائع بالله ما تعلم أن هذا العيب موجود في العبد؛ لأن دعوى العيب لو أقرَّ بها البائع [لم] تثبت الخصومة، فإذا جحدها استحلف عليها، يستحلف على العلم؛ لأنها يمين على غير فعله، فإن نكل عن اليمين أو أقرَّ بالعيب أو أقام المشتري البينة، فهو على التفصيل الذي قَدّمناه.

وإن كان العيب لا يحدث رددته، وإن كان العيب مما يحدث تثبت الخصومة فيه، على ما قدمناه في العيب الظاهر، وإن كان العيب بباطن النساء مثل الثيوبة والحبل، وما لا يطلع عليه الرجال، فإنه يرجع إلى قول النساء وتنظر إليه امرأة [ثقة][1]، والثنتان أحوط، فإن شهدنَ بوجود العيب والمبيع في يد البائع، ردّ المبيع بشهادتهن عند أبي يوسف؛ وذلك لأن ما لا يطلع عليه الرجال فقول الواحدة فيه كالبينة، بدلالة الولادة.

وإذا ثبت العيب بقولها، فالعيب الموجود في يد البائع يفسخ به[2] البيع، وأما إن كان ذلك بعد القبض فروي عن أبي يوسف أنه قال: أثبت الخصومة بشهادتهن، ولا أردُّ بها؛ لأن المبيع في ضمان المشتري، فلا أثقل الضمان بقول النساء، وإنما أقبل قولهن في وجود العيب ليثبت[3] الاستحلاف، وروي عنه: أن العيب إذا كان مما لا يحدث فسخ البيع بقولهن، لأن العيب يثبت بشهادتهن، وقد علمنا كون العيب في يد البائع فالفسخ لا يثبت بقولهن وإنما يثبت بحكم العقد.

---

(١) في ب (نفسه) والمثبت من أ.

(٢) في أ (البائع به).

(٣) في أ (فيثبت).

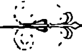
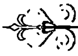
وأما إذا كان العيب مما يحدث فقلن: إنه كان في يد البائع لم أقبل قولهن؛ لأن هذا المعنىٰ يمكن أن يعلم من غير جهتهن، فلا يقتصر عليهن، وأما محمد فروي عنه: أنه لا يفسخ بقولهن؛ لأنه فسخ عقد، فلا يثبت بقول النساء كالإقالة، وروي عنه: أنه يفسخ بقولهن قبل القبض وبعده؛ لأن العيب يثبت بشهادتهن للضرورة، والفسخ يثبت بحكم العقد عند ثبوت العيب، كما تثبت بشهادتهن الولادة، ويثبت النسب بعقد النكاح، وأما إذا كان العيب لا يقف عليه إلا الأطباء رجع إلىٰ قول اثنين مسلمين ثقتين، فإذا شهدا بوجوده قبل قولهما؛ لأن الأمراض تعرف من جهتهم فرجع إليهم فيها. والله أعلم.

١٣٦٣ ـ فَصْل: [من لم تلزمهم الخصومة في العقد، ومن لم تلزمهم]

قال أبو الحسن وأما الإمام والحاكم إذا نصَّبا رجلاً ليبيع علىٰ يتيم أو لسبي بما يتوليانه، فلا يكون البائع في ذلك خصماً.

قال: والأصل في هذه الجملة: أن العاقد لغيره إذا كان ممن يجوز أن تلزمه الخصومة كالوكيل، والشريك، والمضارب، والمأذون، والمكاتب، فالخصومة تلزمهم؛ لأنها من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد إذا كان ممن تلزمه الخصومة كالعاقد لنفسه، فمهما قضي به علىٰ العاقد رجع به علىٰ من وقع العقد له؛ لأنه قائم مقامه إلا المكاتب والمأذون، فإنهما لا يرجعان علىٰ المولىٰ، ولكن الدَّين يلزم المكاتب، ويباع فيه المأذون، لأنهما يتصرفان لأنفسهما فلا يرجعان علىٰ غيرهما، وأما الإمام والقاضي إذا [عقد بحكم][1] الولاية أو عقد أمينهما، لم يلزمهم الخصومة؛ لأنها[2] لو لزمت القاضي لم يجز حكمه فيما هو خصم

(١) في أ (عقد الحكم) والمثبت من أ.
(٢) في أ (لأن الخصومة).

فيه، فلما نفذ حكمه دل علىٰ أن الخصومة لا تلزمه، إلا أنه ينصب خصماً يخاصم في ذلك، فما مضىٰ عليه رجع في مال من وقع التصرف له، فإن كان التصرف للمسلمين رجع به في بيت مالهم، وإن كان العاقد صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً فلا خصومة عليهم، ولا ضمان، وإنما الخصومة علىٰ من وكّلهم؛ لأن العقد وقع له، والعاقد ممن لا تلزمه الخصومة، فصار كالوكيل بالنكاح.

١٣٦٤ ـ فَصْل: [مخاصمة الوكيل في العيب ورد المبيع بإقامة البينة]

وإذا خاصم الوكيل في العيب فردَّ عليه المبيع ببينةٍ قامت [بالعيب][١]، ردَّه علىٰ موكله؛ لأن البينة لا تتهم في حقه وحق موكله، وكذلك إن ردَّ عليه بنكوله؛ لأن النكول لا يتعلق به حكم حتىٰ ينضم إليه القضاء فصار كالبينة؛ ولأن الوكيل لا يتهم فيه؛ لأنه لا يلزمه أن يحلف كاذباً، وأما إذا ردَّ عليه بإقراره بالعيب، فإن كان العيب لا يحدث مثله، كان له رده علىٰ موكله، لأنا علمنا أنه كان في يده، وإن كان مما يحدث مثله، كان له خصومة موكله، فإذا ثبت أن العيب كان في يد الموكل ردَّه؛ لأن إقراره جائز علىٰ نفسه غير جائز علىٰ موكله، وهذا كله إذا ردَّ عليه بقضاء؛ لأنه عاد إليه بغير قوله ولا رضاه، فعاد علىٰ حكم الملك الأول.

وأما إذا عاد بغير قضاء فهو علىٰ وجهين:

كل من ملك أن يشتري بعدما باع فإنه يرده علىٰ أمره؛ لأن عود الشيء إليه بقبوله كشراء مبتدأ وهذا كالمضارب والشريك.

وكل من لا يملك أن[٢] يشتري بعدما باع إذا ردَّ عليه بغير قضاءٍ، لزمه في

---

(١) في ب (عليه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (أن لا) والمثبت من أ.

نفسه، ولم[1] يكن له الرد على موكله فيما يحدث مثله، أو لا يحدث مثله؛ لأن المبيع عاد إليه بقبوله فعاد على حكم ملك مبتدأ، وقد ذكر محمد في البيوع ما يقتضي أن الوكيل إذا قبل المبيع بغير قضاءٍ، والعيب مما لا يحدث أنه يرده على موكله [وهذا] وليس بصحيح، والصحيح ما ذكرناه.

ووجه هذا إن صحت الرواية فيه [أن] العيب الذي لا يحدث معلوم الكون عند الموكل، فالفسخ فيه مستحق، فيقع الردُّ عن مستحقه، كما قامت البينة بالعيب. والله ﷻ أعلم بالصواب[2].



(١) في ب (ومن لم) والمثبت من أ.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٧٢ وما بعدها.

بَابُ
البراءة من العيوب

قال أبو الحسن: إذا باع الرجل علىٰ أنه بريء من كل عيب فعَمَّ، ولم يخُصّ شيئاً من العيوب، فذلك جائز في قولهم، وقال الشافعي: البراءة من العيوب المجهولة لا تصح إلا أن تكون من باطن الحيوان، ففيها قولان، وهل يفسد العقد بشرط البراءة؟ فيه قولان(١).

لنا: أن كل عيب لو ظهر وجب فسخ العقد به، جاز أن ينعقد العقد غير موجب للفسخ به كالعيب المعلوم؛ ولأنَّ البراءة حكم يتعلق بالعيب، فجاز أن يتعلق بالعيوب المجهولة الرد(٢).

وهذه المسألة مبنية علىٰ أن البراءة من [العيوب المجهولة و] الحقوق المجهولة جائزة. وقال الشافعي: لا تجوز. وهو خلاف النص والإجماع.

روي أن رجلين تخاصما إلىٰ رسول الله ﷺ في مواريث قد درست(٣)، فقال: «**استهما وتوخيا الحق، وَلْيَحْلِلْ كل واحد منكما صاحبه**»(٤).

---

(١) بل هو علىٰ ثلاثة أقوال، وأظهر هذه الأقوال: وهو أن يبرأ من العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع، كما قال النووي. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/١٤٣؛ المزني ص٨٤؛ المجموع ١٢/٤٠٠.

(٢) في أ (كوجوب الرد).

(٣) درست: من دَرسَ المنزل دُرُوسًا، أي: عفا وخَفِيت آثاره. انظر: المصباح (درس).

(٤) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك وصححه ٤/١٠٧؛ وابن الجارود في المنتقىٰ ١/٢٥٠؛=

وأما الإجماع: فلأن المسلمين في سائر الأعصار إذا حضرهم الموت استحلوا من معامليهم من غير نكير.

وأما قول الشافعي إن شرط البراءة في المجهول يفسد العقد.

فخلاف الإجماع؛ لأن زيد بن ثابت ابتاع من ابن عمر عبداً بشرط البراءة من العيوب، فأراد أن يرده بعيب، فقال ابن عمر بعت بشرط البراءة، وقال زيد: إنك لم تعدد [العيوب]، فاختصما إلىٰ عثمان رضي الله عنه، فقضىٰ علىٰ ابن عمر باليمين، فقد أجمعوا علىٰ صحة العقد مع هذا الشرط؛ ولأن العيوب المجهولة معنىً يثبت به الفسخ، فشرط إسقاطه فيما قد رآه لا يبطل العقد كالخيار المشروط.

١٣٦٥ـ فَصْل: [حدوث عيب المبيع قبل القبض]

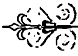
قال أبو الحسن: فإن حدث به عيب (بعد البيع)[١] قبل القبض، فروىٰ محمد عن أبي يوسف: أن البائع بريء منه بالبراءة المشروطة في البيع، وقال محمد ـ وهي رواية بِشْرِ وابن سماعة عن أبي يوسف، وقال زفر والحسن بن زياد ـ: لا يبرأ من الحادث.

وجه قول أبي يوسف: أن العقد سبب لوجوب الفسخ بالعيب، فإذا أبرأه منه فقد أسقط الحق عند وجود سببه، فجاز.

وجه قول محمد: أنه أبرأ عن حق لم يجب، فإذا وجب بعد البراءة لم

= والبيهقي في الكبرىٰ ٦/٦٦؛ والدارقطني ٤/٢٣٨؛ وأحمد في المسند ٦/٣٢٠؛ والطحاوي في شرح مشكل الآثار ٢/٢٣٠.

(١) ساقطة من أ.




يسقط، [كما لو][1] أبرأ من دين قبل وجوبه ثم وجب، وقد قال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: أنه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث [فسد] العقد؛ لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصحُّ، ومَنْ[2] شرط في العقد ما لا يصح، أبطل [العقد].

١٣٦٦ـ فَصْل: [في البيع بالبراءة من كل عيب به]

فإن قال البائع: أبيعك على أني بريء من كل عيب به، لم يدخل في ذلك العيب الحادث في قولهم؛ لأنه لم يعمَّ البراءة، وإنما خَصَّها بالموجود دون غيره.

١٣٦٧ـ فَصْل: [لو قال: على أني بريء من كلٍّ فسمى ضرباً من العيوب]

وإذا قال: على أني بريء من كلٍّ فسَمَّى ضرباً من العيوب، لم يبرأ من غير ذلك الضرب، مثل أن يبرأ من القروح أو الكي؛ لأنه أسقط الحق عن نوع خاص، فصار كالبراءة من دين خاص.

١٣٦٨ـ فَصْل: [دعوى المشتري حدوث عيب بإرادة إبطال العموم]

فإن كانت البراءة عامة فاختلفا في عيب، فقال البائع: كان به يوم العقد، وقال المشتري: بل حدث قبل القبض، فالقول قول البائع في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن البراءة عامة، فإذا ادّعى المشتري حدوث عيب فيريد إبطال العموم، فلا يقبل قوله إلا ببينة، كمن أبرأ رجلاً من كل دينٍ ثم زعم أنه حدث له دين، لا يقبل قوله إلا ببينة، وقال زفر والحسن: القول قول المشتري؛ لأنه هو

---

(١) في ب (كمن) والمثبت من أ.

(٢) في أ (ومتى).

المبرئ فالقول قوله فيما أسقط عنه حقه.

١٣٦٩ ـ فَصْل: [اختلاف المتبايعين في البراءة الخاصة]

فإن كانت البراءة من كل عيب بها فاختلفا، فقال البائع: كان بها، وقال المشتري: حدث قبل القبض، فالقول قول المشتري عند محمد، ولا أحفظ عن أبي يوسف قولاً؛ وذلك لأن البراءة [خاصة، فالقول قول المبرئ فيها كالبراءة من دَين خاص، وإذا أبرأ] من عيب واحدٍ شجَّةٍ أو جرح، فوجد المشتري شجتين، فإن ابن سماعة روىٰ عن أبي يوسف: أن البائع يبرأ من أيّهما شاء، وقال محمد: يرد المشتري بأيهما شاء.

وجه قول أبي يوسف: أن المشتري أبرأ البائع من عيب واحد، وكل واحد من العيبين يجوز أن ينصرف البراءة إليه، فكان البائع بالخيار في التعيين.

وجه قول محمد: أن البائع لما شرط البراءة وقفت علىٰ قبول المشتري، فكان له أن يقبل في أيّهما شاء، فإن حدث عنده عيب آخر، قال محمد: يرجع بأرش أيهما شاء؛ لأنه جعل التعيين إليه.

[وقال أبو يوسف: يرد البائع أيّهما شاء؛ لأنّ عنده التعيين إلىٰ البائع][١].

١٣٧٠ ـ فَصْل: [إبراء البائع من كل غائلة]

وإذا أبرأ البائع من كل غائلة فإن ابن سماعة وبشراً وعلياً رَوَوْا عن أبي يوسف: أن [الغائلة السَّرَق][٢] والإباق والفجور؛ لأن الغوائل ما كان من فعل

---

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ج والزيادة من أ.

(٢) في ج (الغالية السوق) والمثبت من أ.



الإنسان، وهذه العيوب هي التي تختص بالفعل، فإذا أبرأ من كل داء فإن أبا يوسف قال: هو على المرض والسقم؛ لأن اسم الداء يتناول ذلك، وقال الحسن عن أبي حنيفة: إن الداء ما في الجوف من الطحال والكبد، أو فساد حيض أو غير ذلك مما يكون في الجوف؛ لأن ما سوى ذلك يُسَمّى مرضاً، والداء في العادة يختص بالبطن [فيحمل عليه](١).



(١) انظر: الأصل ٤٨٨/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٧٥/٣.

بَابُ
بيع المكيل والموزون

قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل للرجل قد بعتك هذه الصُّبْرَةَ[1] علىٰ أنها قفيز أو بعتك قفيزاً منها [فذلك][2] سواء، والبيع جائز علىٰ قفيز واحدٍ، وقد لزم المشتري البيع فيه، ولا خيار له؛ وذلك لأن ما يتعلق العقد علىٰ قدره إذا [سمّىٰ] فيه قدراً [معلومًا] تعلق العقد به إذا لم يكن في تبعيضه ضررٌ، بدلالة أن القدر المسمىٰ يجوز إفراده بالعقد، فإذا تعلق [العقد][3] علىٰ المقدار فالزيادة للبائع؛ لأنها لم تدخل في البيع، وإن نقص عن [ذلك] القدر فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ ذلك بحصته؛ لأن الأجزاء معقود عليها فكل جزء في مقابلته جزء من الثمن، وإن شاء نقض [البيع]؛ لأنه دخل في العقد ليسلم له جملة [قفيزها][4]، فإذا نقصت تفرقت الصفقة عليه، [فثبت له الخيار].

وأما قوله: (وقد لزم المشتري) فيريد به إذا رأىٰ الصُّبْرَةَ؛ لأن رؤية بعضها كرؤية جميعها، فلا يثبت له خيار رؤية.

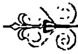
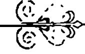


(١) الصُّبْرَة: ـ وجمعها صُبَر ـ «الكومة من الطعام، ويقال: اشترىٰ الطعام صُبْرةً: أي جُزافاً بلا كيل ولا وزن». انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (صبر).

(٢) في ج (فلذلك) والمثبت من أ.

(٣) في ج (القدر) والمثبت من أ.

(٤) في ج (قصدها) والمثبت من أ.

١٣٧١ ـ فَصْل: [جهالة المبيع والثمن في العقد]

وإن قال: بعتك هذا الطعام على أنه كرٌّ كل قفيز، أو [كل] قفيزين، أو كل ثلاثة بكذا، فذلك جائز؛ لأن العقد وقع على الجملة وهي معلومة، وجعل لكل قفيزٍ منها ثمناً معلوماً، فثمن الكل معلومٌ، فيجوز العقد، فإن زادت على كُرٍّ، فالزيادة للبائع على ما قدمنا، وإن نقصت فللمشتري الخيار، فإن لم يسمِّ الجملة فقال: أبيعك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، أو كل قفيزين بدرهم، أو كل ثلاثة [بدرهم]؛ فالبيع جائز عند أبي حنيفة في القدر الذي سمى كيله قفيزاً كان أو اثنين، ولا يجوز فيما زاد على ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز البيع في الجميع.

وجه قول أبي حنيفة: أن الجملة التي سمى كيلها معلومة القدر معلومة الثمن، فإفرادها من الجملة بالبيع جائز، وما زاد على ذلك مجهول القدر مجهول الثمن.

ألا ترى أنه يجوز أن يزيد فيزيد الثمن بزيادته ويجوز أن ينقص، وجهالة المبيع والثمن يفسد كل واحد منهما العقد.

وجه قولهما: أن هذه الجهالة ترتفع في الثاني بفعل أحد العاقدين إذا كَالَ، والجهالة التي ترتفع بفعل أحدهما لا تمنع جواز العقد كبيع عبد من عبدين على أن المشتري بالخيار.

١٣٧٢ ـ فَصْل: [خيار المشتري بعد الكيل والعلم بالقدر]

فإن كِيْلَ الطعام فعلم مبلغه فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ بحساب ذلك [كله]، وإن شاء ترك؛ لأن الجهالة ارتفعت، والبيع إذا فسد [لمعنى] صحَّ بزواله،

فأما قبل الكيل فإن فسخ البائع [العقد] جاز ؛ لأن الفساد لم يرتفع فلكل واحد من العاقدين الفسخ ، وإن علم المشتري المكيل[١] فرضي به فليس للبائع أن يفسخ .

روىٰ ذلك محمد عن أبي حنيفة في الإملاء: أن الخيار لكل واحد منهما قبل الكيل ، فإذا كِيْلَ ورضي المشتري لم يعتبر رضا البائع .

وروىٰ حبان بن بشر الأسدي عن أبي يوسف قال أبو حنيفة: لا يجوز العقد فيما زاد علىٰ القفيز الواحد ، إلا أن يتراضيا بتسليمه .

وجه رواية محمد: أن الفساد دخل لجهالة القدر ، فإذا زال ذلك ورضي المشتري لم يكن للبائع خيار ، كما لو ثبت الخيار لجهالة الصفات فرآه المشتري فرضي به ، لم يكن للبائع خيار .

وجه رواية أبي يوسف: أن الخيار كان للفساد بدلالة أن لكل واحد منهما الفسخ قبل رضا المشتري ، والخيار بالفساد لا يصح إلا برضا[٢] العاقدين ، وعلىٰ هذا كل مكيل وموزون ومعدود غير مختلف للمعنىٰ الذي ذكرنا .

وقد قالوا: لو أشار البائع إلىٰ نوعي حنطة وشعير فقال: أبيعك هاتين الصبرتين كل قفيز بدرهم فالبيع جائز عند أبي حنيفة (علىٰ قفيز واحد منهما ، وعلىٰ قول أبي يوسف البيع جائز)[٣] في الصبرتين جميعاً .



(١) في أ (بالكيل) .

(٢) في أ (بتراضي المتعاقدين) .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

١٣٧٣ ـ فَصْـل: [بيع المعدود والمختلف قيمته]

فإذا كان المبيع معدوداً تختلف قيمته كالعبيد والثياب والغنم، فقال: أبيعك هذه الثياب[١] كل ثوب بدرهم، فالبيع باطلٌ عند أبي حنيفة في الجميع؛ لجهالة المبيع والثمن كما قال في الصبرة، فباطل في واحد؛ لأنه لا يجوز إفراده بالبيع، وإن قال: أبيعك هذا القطيع علىٰ أنه خمسون رأساً، أو هذه الرزمة علىٰ أنها خمسون ثوباً، كل ثوب بعشرة، فالبيع جائز؛ لأنه سمىٰ جملة المبيع، والثمن معلوم بمعرفة الجملة، فصحّ البيع. ثم لا يخلو بائع الرزمة إما أن يكون سمىٰ لكل ثوب ثمناً، أو سمىٰ الثمن جملة واحدة، وكل واحد من القسمين علىٰ قسمين: إما أن يجدها ناقصة العدد أو زائدة، فإن كان سمىٰ الثمن جملة فالبيع فاسد في الزيادة والنقصان.

أما في الزيادة: فلأن الثوب الزائد لم يقع عليه العقد، فيصير بائعاً خمسين ثوباً من أحد وخمسين [ثوبًا]، وهذا مجهول؛ لأن الثوب المردود لا يعلم أي ثوب هو، وأما إذا كانت ناقصة: فيحتاج أن يحط[٢] حصة الثوب وهي مجهولة؛ لأنها تعلم بالحزر والظن.

وأما إذا سمىٰ لكل ثوب[٣] ثمناً، فإن كانت زائدة: فالبيع فاسد؛ لأن المردود مجهول، فصار كمن باع خمسين ثوباً من أحد وخمسين، وإن كان ناقصاً: جاز البيع بحصته؛ لأن كل ثوب معلوم الثمن بالعقد، وباقي الثمن معلوم (فيصح

---

(١) في أ (الرزمة).

(٢) في أ (يخلط).

(٣) في أ (واحد).

العدد، هكذا ذكره أصحابنا، وكذلك ذكر في الأصل أيضاً، وذكر أبو إسحاق التوقدي أن هذا قولهما، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فالبيع فاسد في الكل؛ لأن الصفقة تضمنت الصحيح والفاسد، وهو بيع المعدوم، والفساد في نفس المعقود عليه؛ لأن تحريم بيع ثوب معدوم مجمع عليه فيفسد في الجميع)[1]، وللمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه.

١٣٧٤ ـ فَصْل: [بيع أرضٍ كل ذراع بدرهم]

وإن كان المبيع أرضاً، أو داراً، أو شيئاً مما في تبعيضه ضرر كالثوب، فقال: أبيعك كل ذراع بدرهم؛ فالبيع باطل عند أبي حنيفة في الجميع لجهالة جملة الثمن والمبيع، ولا يجوز في ذراع واحد؛ لأن بيع ذراع من دارٍ لا يجوز عنده لاختلاف ذرعانها.

وقال أبو يوسف ومحمد: البيع جائز في الجميع؛ لأن الجهالة ترتفع في الثاني بفعل أحد المتعاقدين، [قال]: فإن قال على أنها كذا وكذا ذراعاً كل ذراع بدرهمٍ، فالبيع جائز في قولهم؛ لأنه سمى جملة المبيع وجملة الثمن، فصار المبيع والثمن معلومين.

فإن كان الذرع زائداً وقد قال: أبيعك هذه الدار على أنها ألف ذراع، كل ذراع بدرهم، فالمشتري بالخيار: إن شاء أعطى حصة الزيادة، وإن شاء ترك؛ لأنا لو جعلنا له [الدار][2] ولم نلزمه حصة الزيادة، صار كل ذراع بأقل من درهم، والبائع لم يرضَ بذلك، فلا بدَّ من إيجاب حصة الزيادة، وللمشتري

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ج (الذراع) والمثبت من أ.

الخيار؛ لأنه دخل في العقد ليسلم له الدار بجملة الثمن، والآن لا يسلم له إلا بأكثر منها، فإن وجدها ناقصة الذرع، فالمشتري بالخيار: إن شاء [أخذ] بحصتها، وإن شاء ترك؛ لأنا لو لم نحطَّ حصة النقصان صار كل ذراع بأكثر من درهم، فالمشتري لم يرضَ بذلك، وإنما أثبتنا له الخيار؛ لأن[1] الجملة نقصت عما سمى فتفرقت الصفقة.

وأما إذا قال: أبيعك هذه الدار على أنها ألف ذراع بألف درهمٍ، ولم يسمِّ لكل ذراعٍ ثمناً، فإن زادت فالزيادة للمشتري بغير شيء؛ لأن الذرع صفة في الدار فهو كأعضاء العبد [إذا وجدها زائدة على المشروط][2]، وأمّا [التزامه][3] في المسألة الأولى الزيادة لأجل أنه سمى لكل ذراع ثمناً؛ لأن الذراع له حصة [فلانية]، فإن وجدها ناقصة الذرع فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك لما بينا أن الذرع صفة؛ لأنه لا يجوز إفراده بالعقد ونقصان الصفة يثبت للمشتري الخيار من غير حطّ كالعيب. والله أعلم[4].



(١) في أ (بالجملة).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٣) في ج (إلزامه) والمثبت من أ.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٩/٣، ١١١؛ القدوري ص ١٦٦.

بَابُ
[بيع] المرابحة



قال الشيخ رحمه الله، المرابحة: نقل الملك بمثل الثمن الذي قام به المبيع على المشتري مع زيادة ربح، وهو عقد جائزٌ؛ لأن المبيع فيه والثمن معلومان، ولأن الناس يعقدونه في سائر الأمصار في جميع الأعصار من غير نكير.

وأما التولية: فهي نقل الملك إلى المشتري بمثل الثمن الأول من غير زيادة[1].

والأصل في جوازها: (أن النبي عليه [الصلاة و] السلام لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين، فقال له: «**ولِّني أحدهما**»، فقال: هو لك بغير ثمن، فقال: «**أما بغير ثمن فلا**»)[2]، وهذا يدل على جواز التولية.

قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل مبيعاً[3] بدراهم أو بدنانير، أو مكيل أو موزون بعينه أو بغير عينه، أو ببيض أو بجوز، فباع ذلك مرابحة بربح معلوم جاز.

قال الشيخ: وجملة هذا أن الثمن إما أن يكون له مثل، أو لا مثل له، فإن كان مما له مثل فباعه مرابحة جاز؛ لأن الثمن معلوم، يقدر المشتري على

---

(١) المرابحة لغة: من الربح، وهو النماء والزيادة.
وفي الاصطلاح الفقهي: «فهو بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل، فهو بيع للعَرض بالثمن الذي اشترى به، مع زيادة شيء معلوم من الربح». معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣٠٢.
التولية لغة، تعني: جعل الشخص واليًا، واصطلاحًا: «هو البيع الذي يحدد فيه رأس المال نفسه ثمنًا بلا ربح ولا خسارة». معجم المصطلحات الاقتصادية ص١٨٢. كما ذكر المؤلف رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (٣٦٩٢) وغيره.

(٣) في أ (شيئًا).

تسليمه، ويستوي في ذلك أن يجعل الربح من [جنس][1] رأس المال أو من غيره إذا كان معلوماً يجوز الشراء به؛ لأن الربح جزء من الثمن والثمن يجوز أن يكون من جنس [واحد][2]، ويجوز أن يكون من جنسين.

وأما إذا كان البدل في العقد الأول مما لا مثل له فباع المبيع مرابحة ممن لا يملك ذلك البدل، فالبيع باطل؛ لأن المشتري في المرابحة يلزمه مثل الثمن [وهذا الثمن] لا مثل له، ولو جاز للزم قيمته، وهي مجهولة تعلم بالحزر والظن، فأما إذا باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل، إما من البائع له أو ممن مَلَكه على البائع، فهو على وجهين: إن قال أبيعك بربح درهم، أو دينار، أو بشيء من المكيل [والموزون موصوف][3]، جاز؛ لأن المشتري يقدر على تسليم رأس المال؛ لأنه في ملكه والربح معلوم فجاز العقد، وإن قال: بربح ده يازدة[4]، فالبيع باطل؛ لأنه جعل الثمن [الثوب وعشرة وعشرة][5]، لا يمكن [الرجوع فيه إلا بالقيمة][6]، وهي مجهولة، فلا يصح البيع.

١٣٧٥ - فَصْل: [رأس المال في البيع مرابحة]

وإذا باع مرابحة فرأس المال هو الذي يملك المبيع به دون ما [نقده][7]،

(١) الزيادة من أ.
(٢) الزيادة من أ.
(٣) في ج (المكيل من صوف) والمثبت من أ.
(٤) عشرة بإحدى عشرة (بالفارسية).
(٥) في ج (العبد وعشرة) والمثبت من أ.
(٦) في ج (فيه إلا الرجوع إلى القيمة) والمثبت من أ.
(٧) في ج (بعده) والمثبت من أ.

وهذا كمن اشترىٰ ثوباً بعشرة، فأعطىٰ عنها ديناراً أو ثوباً فرأس المال العشرة؛ لأنها هي الثمن، والدينار ملك بعقد آخر فلا اعتبار به.

١٣٧٦ ـ فَصْل: [قول البائع أبيعك هذا الثوب بربح درهم]

ومن اشترىٰ ثوباً بعشرة فقال: أبيعك هذا الثوب بربح درهم لزمه عشرة مثل ما نقد المشتري، وإن كان يخالف نقد البلد، ولزمه الربح من نقد البلد إذا أطلقه؛ لأن رأس المال يجب فيه رد المثل، فلا معتبر بنقد البلد، والربح كدراهم(١) مطلقة في العقد فهي محمولة علىٰ نقد البلد(٢)، فإن نسب الربح إلىٰ رأس المال فقال: أبيعك بربح ده يازده أو العشرة [و]واحد، فالربح من جنس الثمن؛ لأنه جعله جزءاً منه فكان علىٰ صفته.

١٣٧٧ ـ فَصْل: [خيانة البائع في رأس مال المرابحة]

وإذا خان البائع [٦٤/أ] في رأس مال المرابحة، ثم اطلع المشتري علىٰ ذلك، فهو بالخيار عند أبي حنيفة ومحمد: إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وقال أبو يوسف: يحط [الخيانة](٣) وحصتها من الربح، وهي رواية هشام عن محمد.

وجه قولهما: أن البائع رضي بجملة من الثمن، وتبقيتها لا يخرج العقد عن موضوعه، فلم يجز أن يلزمه المبيع بأقل منها، كما لو ظهر المشتري علىٰ عيب فأراد حط حصته لم يجز.

(١) في أ (درهم مطلق).
(٢) في أ (وهي مجهولة، فيكون علىٰ نقد البلد).
(٣) في ج (الجناية) والمثبت من أ، وهكذا في جميع ما يأتي.

وجه قول أبي يوسف: أن البائع رضي بمقدار من الربح، فما زاد عليه وجب إسقاطه، كما أن في التولية لما رضي برأس المال وجب إسقاط ما زاد عليه.

١٣٧٨ـ فَصْل: [الخيار في حال هلاك المبيع عند المشتري]

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إن هلك المبيع أو حدث به [عيب] عند المشتري مما يمنع الفسخ، سقط خياره ولا شيء له، وروى عيسى بن أبان عن محمد: أنه رجع بالريّ عن هذا، وقال: يرد المشتري قيمة المبيع ويرجع بالثمن.

وجه قولهما المشهور: أن هذا الخيار ثبت من طريق الحكم، لا لفوات جزء من المبيع، فإذا هلك المبيع سقط من غير عوضٍ، كخيار الشرط[1].

وجه رواية عيسى: أن المشتري ثبت له الخيار لاستدراك حقه في الخيانة، وعند محمد أن الفسخ المستحق يجوز أن يقع على القيمة (كما قال في التحالف بعد هلاك السلعة، فأثبت الفسخ في القيمة)[2] ليستدرك المشتري حقه.

١٣٧٩ـ فَصْل: [الخيانة في التولية]

وأما إذا خانه في التولية قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحط الخيانة.

وقال محمد: المشتري بالخيار: إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وجه قولهما: أن تبقية الخيانة تخرج العقد عن موضوعه؛ لأنهما دخلا في عقد التولية، ولو بقيت الخيانة لصار مرابحة، وهذا لا يجوز، وليس كذلك

(١) في أ (الرؤية).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

[الخيانة][1] في المرابحة ؛ لأن تبقيتها لا يخرج العقد عن موضوع المرابحة وإنما يقل الربح ويكثر ؛ فلذلك لم يحط .

وجه قول محمد: أن البائع رضي بجملة من الثمن فلا يجوز أن يلزمه البيع بأقل منها كالمرابحة .

١٣٨٠ـ فَصْل: [شراء الرجل سلعةً فحَطَ عنه بعض الثمن]

وإذا اشترىٰ الرجل سلعة فحط عنه بعض الثمن باع مرابحة بما بقي بعد الحط ، وإن حطّ عنه بعد ما باع ، حطّ ذلك عن المشتري مع حصته من الربح ، وهذا فرع أن الحط يلحق [بأصل] العقد .

وقال زفر والشافعي: لا يلحق ، وإنما هي هبة مبتدأة[2] .

وجه [قولهم][3]: أن العقد في ملكهما بدلالة أنهما يملكان الفسخ [بالإقالة] ، فجاز الحط فيه [كحال] العقد . وعلىٰ الشافعي: أنه حط يتعلق به الاستحقاق فيلتحق بالعقد كحال المجلس ، [وربما قالوا: إن الحط في حال المجلس فيه قولان ، وإذا ثبت أن الحط يلحق بأصل العقد ، صار الثمن ما بقي ، فيبيعه مرابحة علىٰ ذلك .

وجه قول زفر: أن المبيع] في ملك المشتري ، والثمن في ملك البائع ، فلو لحق الحط لكان البائع يدفع إلىٰ المشتري عوض ما هو باق علىٰ ملكه فلا يصح [كسائر أملاكه] .

---

(١) في أ (الخيار) .

(٢) انظر: المهذب ١٣٤/٣ ؛ رحمة الأمة ص١١٥ .

(٣) في ج (قولنا) والمثبت من أ .

وقد قالوا: لو زاد المشتري البائع في الثمن، جاز أن يبيع مرابحة على الأصل والزيادة؛ لأنها لحقت العقد عندنا فصارت كالموجود فيه. [٦٤/ب].

١٣٨١ ـ **فَصْل**: [شراء الثوب بعشرة وبيعه باثني عشر ثم شراؤه بعشرة وبيعه مرابحة]

وإذا اشترى ثوباً بعشرة فباعه باثني عشر، ثم اشتراه بعشرة باعه مرابحة على ثمانية في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يبيعه على العشرة[1].

وجه قول أبي حنيفة: أن المرابحة يجمع فيها العقود، فيكون الثمن ما قام به المبيع على المشتري؛ بدلالة أنه [يضم][2] إلى رأس المال أجرة الخياطة والصبغ، فإذا ضم أحد العقدين إلى الآخر صار رأس المال ثمانية؛ ولأن البائع لما اشترى ما باع فقد حصل لنفسه بالعقد المبيع وتقرير الربح في العقد الأول.

ألا ترى أنه كان معرضاً للسقوط بأن يرد عليه بعيب، فإذا اشتراه أمن [من] ذلك، وإذا استفاد بالعقد شيئين لم يجز أن ينقل أحدهما بجميع الثمن كالثوبين، فإن ألزم على هذا إذا اشتراه بحنطة، قلنا: ينبغي أن يقال على قول أبي حنيفة: لا يبيعه حتى يُبيِّن، ولا يجب الحطّ؛ لأنه لا يمكن الحط من غير جنسه.

وجه قولهما: إن كل واحد من العقدين يتعلق به من الحقوق ما لا يتعلق بالعقد الآخر، فلم يعتبر الربح الحاصل في أحدهما في الآخر[3].



(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٠٧/٣.
(٢) في ب (يضمن) والمثبت من أ.
(٣) انظر: الأصل ٤٧٦/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٧٩/٣؛ القدوري ص ١٨٢.

بَابُ
ما يحدث في السلعة مما ينبغي أن يُبيِّنه المشتري أو لا يُبيِّنه



قال أبو الحسن: وإذا اشترىٰ الرجل سلعة فحدث بها عيب في يد البائع أو يد المشتري، وذلك من غير فعل أحدٍ، فلا بأس أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن ولا يبين ذلك للمشتري؛ لأنه لم يحبس لنفسه شيئاً من المبيع، فهو صادق أنه اشترىٰ العين بهذه الجملة؛ ولأن هذا العيب لا حصة [له].

ألا ترىٰ أنه لو حدث في يد البائع لم يحط لأجله شيئاً، فلا يجب بيانه كنقصان السعر.

قال زفر: لا يبيعه مرابحة إلا بعد أن يبين؛ لأنه قد فات بعض ما ملك بالعقد كما لو اشترىٰ عبدين [فهلك][1] أحدهما.

وإن كان الحادث من فعل المشتري [أو أجنبي][2] لم يبعه مرابحة حتىٰ يبين؛ لأنه إذا جنىٰ عليه فقد حبس بعض المبيع بجنايته، فلا يجوز أن يبيع البعضَ مرابحة علىٰ جميع الثمن، وأما إذا جنىٰ أجنبي فقد وجب له الأرش فصار كما لو باع بعضه.

قال: وكذلك إن كان للمبيع نماء عنده، قائم في يده مثل أن يثمر النخل،

(١) في ج (فملك) والمثبت من أ.

(٢) في ج (إذا جنىٰ) والمثبت من أ.

أو يلد الحيوان، أو يأخذ الصوف، أو توطأ الجارية بشبهة، فيأخذ العقر، فإنه لا يبيعه مرابحة حتى يبين؛ لأن هذا النماء حدث من نفس المبيع فصار في حكم المبيع؛ ولأن المشتري لو علم بسلامته للبائع لم يرضَ أن يربحه فيه، فلا بد من بيانه.

قال: وكذلك إن استهلك ذلك مُسْتَهْلك؛ لأن العوض وجب عنه فصار كما لو باعه، وإن هلك في يده جاز أن يبيعه مرابحة ولا يبين؛ لأن أجزاء المبيع لو هلكت جاز بيع الباقي بغير بيان، فكذلك ما هو في [٦٥/أ] حكم الجزء، وقال: وإن استغل الأرض والدار[١] من غير نقص دخل فيها، باع ولم يبين؛ لأنه لو [استخدم الجارية][٢] لم يلزمه البيان، فسلامة بدل المنفعة كسلامة المنفعة؛ ولأن الغلة لا تملك بملك الأصل؛ بدلالة أن الغاصب يستحقها بعقده، فإذا لم يملك بملك الأصل لم يصر في [حكم الأجزاء][٣].

قال: وكذلك إذا وطئ الجارية [بعقدة اشتراها][٤] وهي ثيب؛ لأنه لم يحبس بالوطء جزءاً منها فصار كاستخدامها، ولا يقال إن وطء الثيب عندكم يمنع الرد بالعيب فهو عيب؛ لأن العيب الذي لا يحبس المشتري به شيئاً من المبيع، لا يجب بيانه كالعيب بآفة من السماء، وليس كذلك إذا وطئها وهي بكر؛ لأنه أتلف البكارة فصار حابساً لجزء من المبيع، فلا يجوز بيعها مرابحة حتى يُبيِّن.

قال: وإن لم يبين ذلك حتى باع ثم علم به المشتري، فله الخيار؛ لأن البائع

---

(١) في أ (العبد) بدلاً عن (الدار).

(٢) في ج (استملك للجارية) والمثبت من أ.

(٣) في ج (الحكم الأصل) والمثبت من أ.

(٤) الزيادة من أ.

خانه، فإن لم يعلم بذلك حتىٰ هلك المبيع فلا شيء له؛ لأن هذا الخيار [يثبت له][(١)] من طريق الحكم، فإذا هلك المبيع سقط من غير شيءٍ كخيار الرؤية.

قال: وإن اشترىٰ شيئاً نسيئاً لم يبعه مرابحة حتىٰ يبين؛ لأن النَّسأ نقصان من طريق الحكم المعني، فصار كالنقصان من طريق الصفة.

قال: وإن اشترىٰ بدين له علىٰ رجل، فله أن يبيع مرابحة ولا يبين؛ لأنه إنما اشترىٰ بثمن في ذمته، ثم يصير[(٢)] بذلك قصاصاً عما في ذمته، ومن اشترىٰ شيئاً بثمن في ذمته، جاز بيعه مرابحة [ولا يبيِّن].

قال: وإن كان صلحاً من دين له عليه، لم يبعه مرابحة حتىٰ يبين؛ لأن الصلح يقصد به المسامحة والحط، فصار من عقود التبرع؛ ولأنه لا يفيد الضمان، وإذا لم يملكه بعوض مضمون لم يبعه مرابحة.

١٣٨٢ - فَصْل: [بيع المرابحة ممن لا تجوز شهادته له]

قال أبو حنيفة: إذا اشترىٰ ممن لا تجوز شهادته له، لا يجوز أن يبيعه مرابحة حتىٰ يُبيّن.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يبيع مرابحة إلا فيما اشتراه ممن له عليه رق.

لأبي حنيفة: أن ملك هؤلاء كملكه، بدلالة أن ما يحصل لهم بشهادته كما يحصله لنفسه، ومن اشترىٰ من نفسه لم يبع مرابحة؛ ولأن الإنسان في العادة إذا اشترىٰ من ابنه أو أبيه حاباهم، فصار كالشراء من عبده ومكاتبه.

---

(١) في ج (ثبت) والمثبت من أ.

(٢) في أ (صار).

وجه قولهما: أن الشراء من هؤلاء شراء صحيح، بدلالة تميز أحد الملكين عن الآخر، (فصار كالشراء من الأجنبي)[1]، وأما عبده ومكاتبه ومدبره فملكهم غير متميز من ملكه، فعقده معهم ليس بعقد في الحقيقة [في حق الغير][2]، فلم يجز بيع المرابحة بذلك. والله ﷻ أعلم.



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ج (في العين) والمثبت من أ.

بَابُ
ما للمشتري أن يلزم البائع السلعة في بيع المرابحة



قال أبو الحسن: كل ما جرت عادة التجار بإلزامهم المتاع من قِصَارة[(١)]، أو تطرية، أو غسل، أو فتل، أو صبغ، أو أجرة سِمسار، أو حمل من بلد إلىٰ بلد، فلا بأس (أن يلزم ذلك البائع)[(٢)]، وكذلك إن كان (مضىٰ زمان)[(٣)] ضمن ما أنفق علىٰ الرقيق في طعامهم، وكسوتهم، وما لا بُدَّ منه لهم إذا كان بالمعروف؛ وذلك لأن عقد المرابحة يعتبر فيه (العادة)[(٤)]، وقد جرت عادة التجار بإلحاق كل ما عاد ببذل العوض زيادة في عين المبيع، أو قيمته، وهذا المعنىٰ موجود في جميع ما ذكر.

[قال: وما أنفقه المضارب علىٰ نفسه في سفره، لم يضمّه؛ لأن نفقة المضارب كنفقة رب المال، ومعلوم أن ربّ المال لا يجوز أن يضم نفقته إلىٰ رأس المال، فكذلك المضارب؛ لأن التجار لم تجر عادتهم بإلحاق ذلك][(٥)].

قال: وما أنفقه علىٰ الرقيق في أجرة طبيب أو حجام أو دواء[(٦)] لم يضمه؛

(١) من قَصَرْتُ الثوبَ قصْرًا: بيّضْتُهُ، والقِصَارة ـ بالكسر ـ: الصناعة، والفاعل: قَصَّار. انظر: المصباح (قصر).

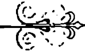
(٢) في أ (أن يلزمه ذلك المتاع).

(٣) في أ (مضاربًا).

(٤) في أ (المرابحة).

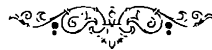
(٥) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٦) في أ (أجرة الطبيب أو دواء أو ختان أو حجامة).

لأن هذا ليس بمعتاد، وما وجب ضمّه بالعادة فما كان نادراً في نفسه لم يضم، ويضم أجرة سائق الغنم؛ لأنها تزيد بنقلها من بلد إلىٰ بلد بكذا أجر، فهو كأجرة حمل الطعام، ولا يضم أجرة الراعي؛ لأن الراعي لا يأخذ عوضاً عن فعل يوقعه فيها، وإنما يأخذ لحفظها، فهو كأجرة البيت الذي يحفظ فيه، ولا يضم جُعْل الآبق؛ لأن ذلك نادر، فلا يجب ضمه بالعادة، ولا يضم ما أنفق علىٰ الرقيق في تعليم صِناعة أو قُرآن أو شِعر، وذلك لأن المعلم لا يأخذ العوض بفعل يوقعه في العين؛ ولأن الاستئجار علىٰ التعليم لا يجوز، فلا يجوز أن يضم.

قال: وما جاز ضمه فينبغي للمشتري أن يقول: قام عليَّ بكذا، ولا يقول اشتريته بكذا؛ لأنه إذا قال قام عليَّ بكذا، كان صادقاً، وإذا قال اشتريته كان كاذباً؛ لأن الشراء يقع بما سمي في العقد، [أو ألحق به][1] دون غيره، فلا يجوز له أن يتعرض للكذب، فإن ضمّ إلىٰ الثمن ما لا يجوز أن يضمه، ثم علم المشتري فهو بالخيار؛ لأن الضم [خيانة][2] وقد بيَّنَّا حكم [الخيانة] في المرابحة. والله ﷻ أعلم[3].



(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) في ب (جناية) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤٧٦/٢ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يبيع ما اشترى مرابحة



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: جملة هذا الباب أن المبيع إذا كان جملة واحدة مما يُكال أو يُوزن أو يُعَدُّ، وهو غير متفاوت[١]، فللمشتري أن يبيع بعض [ما ملك من][٢] الجملة مرابحةً علىٰ حصتها من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم فيما لا يتفاوت[٣] علىٰ الأجزاء، فتصير [حصة][٤] كل جزء معلومة بالعقد، فكأنه سماها.

وأما إذا كانت الجملة مما لا يُكال ولا يُوزن ولا يُعد أو يُعد وهو مختلف، (فإن باع بعضها مرابحة مشاعاً جاز؛ لأن كل جزء من المتاع معلوم الحصة بالعقد)[٥]، فإن باع بعضها معيناً فهو علىٰ وجهين: إن كان الثمن جملة فالبيع باطل؛ لأن حصة كل واحد من الجملة مجهولة، ألا ترىٰ أن الثمن ينقسم علىٰ قيمتها وذلك مختلف بالحَزْر والظن.

فأما إذا كان سمىٰ لكل واحد من الجملة ثمنًا، جاز بيعه مرابحة بما سمىٰ له عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز[٦].

---

(١) في أ (متقارب).
(٢) في ج (تلك) والمثبت من أ.
(٣) في أ (تقارب من الأجزاء).
(٤) في ج (حصر) والمثبت من أ.
(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٦) انظر: الأصل ٢/٤٧٨.

لهما[1]: أن حصة كل واحد معلومة بالعقد، فكأنه أفرده بالعقد؛ ولأن الحصة تتميز تارة بالتسمية، وتارة بالشرع إذا كان المبيع غير مختلف، فإذا جاز بيع بعض الجملة مرابحة في أحد [الموضعين][2] جاز في الآخر.

وجه قول محمد: أن الإنسان قد يشتري الشيئين رغبة في أحدهما فيزيد في حصة أحدهما لأجل الآخر، فإذا باع الآخر لحقته تهمة[3] فيمنع من المرابحة.

وقد أجاب أبو يوسف عن هذا فقال: هذا رجل اشترى شيئاً واحداً وغالى في ثمنه، فجاز له أن يبيعه مرابحة، وكذلك إذا زاد في أحد الشيئين لأجل الآخر فقد غالى فيه.

ثم قال أبو يوسف: (وهذا إذا غالى فيه مغالاة يتغابن فيها الناس)[4]، فأما إذا زاد زيادة لا يتغابن فيها، فإني لا أحب له أن يبيعه مرابحة حتى يُبيِّن؛ لأن الزيادة الكثيرة في حكم التبرع، وعلى هذا قالوا في الرجلين يشتريان جملة فيقتسمانها، إن كانت من المكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت، جاز لكل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن ثمنها معلوم بالعقد، وإن كانت الجملة مختلفة فاقتسماها لم يجز لأحدهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن ثمنها غير معلوم بالعقد، وإنما يعلم بالحزر والظن.

١٣٨٣ - فَصل: [بيع أحد الثوبين مرابحة فيما أسلم فيها بعشرة]

وقال أبو حنيفة في رجل أسلم عشرة في ثوبين على صفة [١٢٤/ب] واحدة

(١) في أ (وجه قولهما).
(٢) في أ (العوضين) والمثبت من ج.
(٣) في أ (التهمة).
(٤) في أ (إذا غالى بما يتغابن الناس فيه).

وقبضهما: لم يجز له أن يبيع أحدهما مرابحة، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز.

لأبي حنيفة: أن الثوبين وإن تساويا حال كونهما في الذمة فقد اختلفا حال التعيين بدلالة أن رب السَّلم لو باع أحدهما وسلمه ثم استهلكه على المشتري، لم يجب عليه دفع الآخر عوضه، ولو كانت صفتهما متساوية، لم يجز[1] العدول إلى القيمة مع القدرة على المثل، وإذا اختلفت صفتهما حال التعيين صار كمن اشترى ثوبين بثمن واحد، فلا يبيع أحدهما مرابحة.

وجه قولهما: أن الثوبين ينقسم رأس المال عليهما بالأجزاء لاستواء صفتهما في الذمة، ولهذا إذا وجد بأحدهما عيباً ردّه [بنصف رأس المال][2]، (وإن أراد أخذ حصته من رأس المال أخذ خمسة)[3]، فصار كمن أسلم في قفيزين وقبضهما جاز أن يبيع كل واحد منهما مرابحة بنصف رأس المال[4].



(١) في أ (يجب).

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) انظر: الأصل ٢/٤٨٢ وما بعدها.

بَابُ
بيع المواضعة



قال الشيخ رحمه الله: المواضعة: بيع [الشيء] بمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم(١)، وهذا بيع جائز؛ لأن الناس يعتادونه في سائر الأعصار من غير نكير؛ ولأن رأس المال ملك للمشتري فيجوز أن يحط بعضه.

قال: والأصل في هذا الباب أن يضم قدر المواضعة إلىٰ رأس المال ثم يسقطها من الجملة فيكون الثمن ما بقي.

مثال ذلك: إذا قال اشتريت هذا بعشرة، وأبيعك بمواضعة ده يازْده(٢)، فإنك تجعل كل درهم من رأس المال أحدَ عشر جزءاً فتكون الجملة مئة وعشرة فتسقط منها عشرة؛ لأنّ شرط الوضيعة من كل أحدَ عشر واحداً، فبقيَ مئة جزء، ويأخذ لكل أحدَ عشر جزءاً درهماً، فيكون تسعة، وينقص بقدر الدرهم فيبقىٰ جزء واحد من أحد عشر جزءاً(٣) من درهم فذلك هو الثمن، وإن قال بمواضعة ده [دوازْده](٤) جعلت كل درهم اثني عشر جزءاً فتكون الجملة مئة وعشرين، فتسقط منها عشرين جزءاً، فيبقىٰ مئة، تأخذ لكل [٦٦/ب] اثني عشر درهماً [درهم]، فيكون الثمن ثمانية وثُلُثًا وعلىٰ هذا جميع [هذا] النوع(٥). والله سبحانه أعلم.

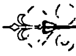
(١) «المواضَعَة: من وَضَعْت عنه دَينه، أي: أسقطتُهُ، ووضُع في تجارته وضيعة: خسر ولم يربح، والوضيعة: الحطيطة والنقصان»، كما ذكر المؤلف. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (وضع).

(٢) ترجمتها: (عشرة بإحدىٰ عشرة).

(٣) مكررة في أ.

(٤) في ب (يازده) والمثبت من أ، والسياق يدل عليه، وترجمتها: (عشرة باثنتي عشرة).

(٥) انظر: الأصل، ٢/٤٨٧.




بَابُ
الاستبراء



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في وجوب الاستبراء[1] علىٰ مالكِ الأمَةِ ما روي أن النبي عليه [الصلاة و]السلام قال في سبايا أوطاس: «**لا توطأ حامل حتىٰ تضع، ولا حائل حتىٰ تستبرأ بحيضة**»[2].

وقد قال أصحابنا: أن من وطئ جارية ثم أراد بيعها استحب ألا يبيعها حتىٰ يستبرئها بحيضة، ولا يجب ذلك عليه، وقال مالك: يجب عليه الاستبراء[3].

لنا[4]: أن البائع لزمه الاستبراء حال ما اشترىٰ، فلو لزمه عند عقد البيع لتعلق [بملك واحدٍ][5] الاستبراء مرتين، وهذا لا يجب كالنكاح؛ ولأن النكاح لما وجب[6] فيه الاستبراء عند زواله، (لم يجب عند حدوثه، ولمّا وجب الاستبراء عند حدوث ملك المشتري)[7]، لم يجب عند زواله، وإنما قلنا: إنه يُستحب

---

(١) من بَرَأَ: طلب البراءة من الشيء، ومنه استبراء الشيء: طلبت آخره لقطع الشبهة، واستبرأتُ المرأة: طلبتُ بَراءَتها من الحَبَل، ويتبيّن حالها هل هي حامل أم لا؟، واستبراء الأمة: تربص الأمة بنفسها مدة يعلم بها خُلُوُّ رحمها من الولد. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (برأ).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٩/١٢٤؛ ومعرفة السنن، ٧/٧٦؛ وأورده ابن حجر في التلخيص، وقال: «رواه أحمد وأبو داود والحاكم»، ١/١٧١.

(٣) انظر: المدونة ٣/٣٣٦؛ المعونة ٢/١٠٦٨.

(٤) في أ (وجه قولهم).

(٥) في ج (ملك) والمثبت من أ.

(٦) في أ (أوجب).

(٧) ما بين القوسين ساقطة من أ.

ذلك ؛ لأنه لا يأمن أن تكون حبلت منه فيطؤها المشتري من غير استبراء فيختلط النسب.

وقد قالوا: إن سبب الاستبراء تمام الملك في الرقبة والاستباحة ؛ وذلك لأن النبي عليه [الصلاة و]السلام أوجب الاستبراء على السابي ؛ لاجتماع الأمرين له ، فكل[1] ملك اجتمع فيه الأمران وجب فيه الاستبراء قياساً على السبي.

وقد قال أصحابنا وسائر الفقهاء: إن استبراء الأمة إذا كانت ممن تحيض بحيضة واحدة ، وكان معاوية يقول: حيضتان ، وقد دل الخبر الذي ذكرنا على خلاف ذلك.

وقد روي أن مَكحولاً قال للزُهري: أما علمتَ أن عمر بن الخطاب إلى أن [أدركه أجله][2] وابن مسعود بالكوفة ، وعثمان بن عفان ﷺ كانوا يستبرئون الأمة بحيضة[3] إلى أن جاء معاوية فقال: حيضتان ، فقال الزهري: وأنا أزيدك ، عبادة بن الصامت قال: ولا يجوز له أن يطأها ولا يقبلها ويلمسها بشهوة[4] ولا ينظر إلى عورتها حتى يستبرئها[5] ؛ لأن الاستبراء إذا حرم الوطء حرم جميع أسباب[6] الإباحة كالعدة ، وليس كذلك الحيض ؛ لأنه يمنع الوطء لأجل الأذى ،

(١) في أ (وذلك ملك).

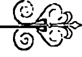
(٢) في ب (أذكر الموت) والمثبت من أ.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ٧/٤٥٠ ؛ سعيد بن منصور في سننه ٢/١٢٣ ؛ عبد الرزاق في المصنف ٧/٢٢٦ ؛ وأورد الهيثمي رواية ابن مسعود وقال: «رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح». مجمع الزوائد ، ٥/٤.

(٤) في أ (ولا يقبلها لشهوة ولا يلمسها).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٣/٥١٣ ، ٥١٤.

(٦) في أ (أنواع الاستباحة).

وذلك لا يوجد في القبلة واللمس.

قال: فإن كانت ممن [لا][(١)] تحيض لصِغَر أو كِبَرٍ استبرأها بشهر؛ لأن الله تعالىٰ أقام الشهر مقام الحيضة في العدة، وكذلك في الاستبراء.

وسواء في ذلك بائعها وطئها، أو تكون ممن لا يوطأ مثل المرأة والصبي؛ لأن البائع وإن لم يطأها فيجوز أن يكون غيره وطئها بشبهة فيثبت نسبه، فينبغي أن يستبرئها.

قال: ولا يصح الاستبراء فيما ملك بعقد إلا بعد القبض، وقد قالوا فيما ملك بالوصية والميراث أنه كذلك، وأن الحيضة الموجودة قبل القبض بعد الملك لا يعتد بها، روىٰ ذلك ابن سماعة، وعلي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يجزئه الحيضة قبل القبض في الشراء والميراث والوصية.

وجه قولهم: المشهور أن سبب الاستبراء حدوث الملك في الرقبة والاستباحة، وذلك لا يوجد قبل [ب ٦٧/أ]؛ لأنه لا يحل للمشتري الوطء، والحيضة إذا وُجِدت قبل سببها لم يعتد بها كالحيضة[(٢)] قبل البيع.

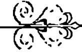
وجه قول أبي يوسف: أن المقصود بالحيضة العلم ببراءة الرحم وهذا المعنىٰ موجود إذا كان قبل القبض.

وقد روىٰ بشر وعليّ عن أبي يوسف: أنه إذا اشترىٰ جارية بكراً وقد أحاط علم المشتري أنها لم توطأ، لم يجب عليه الاستبراء، وقال أبو حنيفة: يجب.

---

(١) في النسختين بالإثبات، والسياق يدل علىٰ زيادة (لا).

(٢) في أ (كالحيض).

لأبي حنيفة: أن البكارة لا تعلم في الحقيقة فلا يسقط الاستبراء بها ؛ ولأن الرجل قد يجامع البكر فيسبق الماء فتحبل مع بقاء البكارة ، فلا يجوز الوطء حتىٰ تستبرأ .

وجه قول أبي يوسف: أن الظاهر في البكارة أنها لم توطأ فلا يجب الاستبراء.

قال: وإن اشترىٰ جارية فلم تحض ، وهي من ذوات الحيض ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يطؤها حتىٰ تمضي عليها مدة لو كانت حاملاً لظهر الحمل ثلاثة أشهر أو ما زاد ، وقال محمد: لا يطؤها أربعة أشهر وعشرة أيام ، ثم رجع فقال شهران وخمسة أيام ، وقال زفر: سنتان .

لهما: أن الحامل إذا مضت لها مدة ظهرت علامات حبلها بانتفاخ جوفها ونزول لبنها ، فإذا مضت المدة ولم [يستبن][1] الحمل ، فالظاهر أنها حائل ، فصار كما لو استبرأها بحيضة فيحل وطؤها .

وجه قول محمد: أنَّ أقصىٰ ما يقع به الاستبراء من الشهور: أربعة أشهر وعشرة أيام ، فإذا مضت المدة حَلَّ الوطء ، ثم رجع وقال: الأربعة أشهر تعتبر في الحُرَّة ، فأما الأَمَة فأقصىٰ استبرائها بالشهور: شهران وخمسة أيام ، كما مر في عدة الوفاة ، [فإذا] مضت جاز الوطء.

وجه قول زفر: أن الاستبراء يجب خوفاً من أن تكون حاملاً ، ولا يتيقن زوال الحمل إلا بمضي أكثر مدته ، فوجب اعتبار ذلك .

قال: فإن ملك جارية [حاملاً] فوضعت حملها بعد القبض ، لم يكن عليه

---

(١) في ب (يبن) والمثبت من أ.

استبراء؛ لأن براءة الرحم بوضع الحمل أكثر من براءته [بالحيض]، فإذا وضعت حملها قبل القبض وجب عليه الاستبراء، لأن ما حصل قبل القبض لا يعتد به؛ لأنه وُجِد قبل سببه، فصار وجوده وعدمه سواء.

قال: وإذا اشترىٰ جارية [١٢٥/أ] لها زوج وقبضها فطلقها زوجها قبل الدخول، فلا استبراء عليه؛ (لأن سبب الاستبراء ـ وهو القبض ـ، وُجِدَ غيرَ موجب الاستبراء)[١]؛ لأنها تحت زوج، فإذا زال النكاح لم يجب الاستبراء إلّا بوجود سببه ولم يوجد، وكذلك إن كانت في عدة من زوج؛ وذلك لأن العدة في باب براءة الرحم آكد من الحيض، فإذا انقضت العدة قبل القبض لم يعتد بها؛ لأن سبب الاستبراء لم يوجد، وعلىٰ قول أبي يوسف يعتد بذلك كما يعتد بالحيض.

وقد قال أبو حنيفة في الرجل يطأ جاريته ثم تزوجها، فليس علىٰ الزوج أن يستبرئها.

وقال أبو يوسف: لا يطؤها الزوج حتىٰ يستبرئها بحيضة استحساناً.

لأبي حنيفة: أن عقد النكاح لا يوجب الاستبراء بدلالة نكاح الحرة.

وجه قول أبي يوسف: قوله عليه [الصلاة و] السلام: «**لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا علىٰ امرأة واحدة في طهر واحد**»[٢]. وقد

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) الحديث أخرج الحاكم في المستدرك نحوه من قول عليّ بحضرة النبي ﷺ في إثبات النسب بالقرعة، ٢/٢٢٥؛ وكذا النسائي في الكبرىٰ (٥٦٨٢)؛ وأبو داود (٢٢٧٠)؛ وابن ماجه (٢٣٤٨)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٠/٢٦٤، كلهم في (باب القضاء بالقرعة).

قال(١): إن اشترىٰ هذه الأمة [مشتر بعد](٢) زوجها الأول، وقبضها الثاني، ثم طلقها الزوج ولم يدخل بها، [ولم يخل بها](٣)، فلا استبراء علىٰ المشتري في قول أبي حنيفة؛ لأنه لم يجب عليه بالقبض الذي هو سببه، فلا يجب عليه بعد ذلك إلا بحدوث سبب مثله.

وقد قال أبو يوسف: يجب علىٰ المشتري الاستبراء كما كنت أوجبته علىٰ الزوج؛ لأنه إنما وجب علىٰ الزوج حتىٰ لا يجتمع مع وطء الأول في طهر واحد، فكذلك المشتري.

قال: وإذا حَرُمَ فرج الأمة علىٰ مولاها، ولم تخرج بذلك عن ملكه، ثم زال ذلك وحل له الوطء فلا استبراء عليه، وهذا مثل أن يكاتبها فتعجز، أو يزوجها فيطلقها الزوج قبل الدخول، أو ترتد عن الإسلام ثم تسلم؛ لأن هذا تحريم عارض مع بقاء الملك، فزواله لا يوجب الاستبراء كالإحرام.

قال: ولو اشترىٰ أمة مجوسية أو مسلمة فكاتبها قبل أن يستبرئها، ثم حاضت المكاتبة في حال كتابتها، أو حاضت المجوسية في حال مجوسيتها حيضة، ثم عجزت المكاتبة، أو أسلمت المجوسية، أجزأت تلك الحيضة من حيضة الاستبراء؛ وذلك لأن الحيضة وجدت بعد سبب الاستبراء وهو القبض، فتحريم الوطء لا يمنع من الاعتداد بها عن الاستبراء، كمن اشترىٰ جارية مُحرمة فحاضت في حال إحرامها(٤).

---

(١) في أ (قالوا).

(٢) في ب (منه بعدما) والمثبت من أ.

(٣) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٤) انظر: الأصل ٢/٥٢٩ وما بعدها.

١٣٨٤ ـ فَصْـل: [الجمع بين الأختين في الوطء بملك اليمين]

وإذا اشترىٰ الرجل أختين فوطئ إحداهما، لم يحل له وطء الأخرىٰ؛ وذلك لأن الجمع بين الأختين في الوطء بملك اليمين لا يجوز عندنا، وهو قول عليّ عليه السلام، وقال عثمان رضي الله عنه: يجوز، وقال[١]: أحلتهما آية ـ يعني قوله تعالىٰ ـ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وحرَّمتهما آية ـ يعني قوله عز وجل ـ: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣][٢].

[قال: والتحريم أولىٰ، وقال عثمان رضي الله عنه: التحليل أولىٰ].

والصحيح ما قاله علي عليه السلام؛ لأن الحظر والإباحة متىٰ تساويا، فالحكم للحظر صحيح[٣].

ألا ترىٰ أن المحظور يجب تركه، والمباح لا يجب فعله؛ ولأنه مستلحق [نسب][٤] ولد الأختين، فصار كما لو جمع بينهما في النكاح.

---

(١) هنا في أ (علي عليه السلام) والصحيح أنه قول عثمان رضي الله عنه كما في الموطأ عن مالك (١١٢٢)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٦٩/٧؛ والدارقطني، ٢٨١/٣ وغيرهم.

(٢) وذكر ابن عطية عن عثمان وزاد من قوله: «فأما أنا في خاصة نفسي فلا أرىٰ الجمع بينهما حسناً» ونقل قول عليّ رضي الله عنه كما ذكر هنا، تفسير ابن عطية: ص ٤١٩. والطبري لم يتعرض لهذه المسألة بالتفصيل هنا. انظر: تفسير الطبري ١٥٠/٨ (دار المعارف بمصر).

(٣) وهذا ما ذهب إليه الجمهور من الأصوليين والفقهاء وغيرهم؛ وذلك لأن العمل بمقتضىٰ الحظر أحوط، كما أن تقدم المفيد للحظر أولىٰ؛ لقاعدة: (تقديم التأسيس علىٰ التأكيد)، أيضًا لحديث: «ما اجتمع الحلال والحرام، إلا وغلب الحرام الحلال»، وأخيرًا لحديث: «دع ما يريبك إلىٰ ما لا يريبك». انظر: روضة الناظر للمقدسي ص٢٠٩؛ إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٧٩.

(٤) في ج (بسبب) والمثبت من أ.

[قال]: فإن أخرج [التي][1] وطئ عن ملكه أو زوّجها، جاز أن يطأ الأخرىٰ إذا كان استبرأها، أما إذا باعها فقد زال ملكه عن رقبتها، فصار كمن طلّق إحدىٰ الأختين، جاز أن يتزوج أختها، وكذلك إذا أخرج التي وطئها عن ملكه بأن يزوجها أو يكاتبها؛ لأنها خرجت من أن تكون مملوكة بالوطء له، فكأنه باعها.

قال: وإذا اشترىٰ جارية بيعاً فاسداً وقبضها لم يطأها وإن حاضت حيضة؛ لأن البيع الفاسد يجب فسخه لحق الله تعالىٰ، فالتصرف فيه محظور، والوطء من جملة التصرف فيكون محظوراً، فإن اشتراها بعد ذلك شراءً صحيحاً وقد كانت حاضت بعد القبض في البيع الفاسد لم يعتد بتلك الحيضة؛ لأن قبض البيع الفاسد لا يبيح الوطء، والحيضة الموجودة قبل [سبب][2] الاستباحة لا يعتد بها.

١٣٨٥ ـ فَصْل: [الاستبراء في حالة شراء الجارية ثم الإقالة قبل القبض]

وإذا اشترىٰ الرجل جارية ولم يقبضها حتىٰ [تاركه][3] البائع أو أقاله؛ فلا استبراء علىٰ البائع في رواية محمد عن أبي حنيفة، وهو قول محمد، وروىٰ أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن عليه الاستبراء، وقال أبو يوسف الاستبراء علىٰ البائع.

وجه ما رواه أبو يوسف ـ وهو القياس ـ: أنه لما باع فقد زال ملكه عن رقبتها، فإذا [فسخ] فقد تم ملكه بالفسخ في الرقبة والاستباحة[4]، فصار كما لو اشترىٰ.

---

(١) في ج (النهي) والمثبت من أ.
(٢) في ج (نسب) والمثبت من أ.
(٣) في ج (نازله) والمثبت من أ.
(٤) في أ (ملكه في الرقبة والاستباحة بالفسح).




وجه رواية محمد: وهو الاستحسان أنها عادت إلىٰ البائع قبل تمام ملك المشتري، فصار كما لو عادت وللبائع الخيار.

١٣٨٦ ـ فَصل: [الاستبراء في الشراء الذي فيه خيار الفسخ]

وإذا اشترىٰ جارية وله فيها خيار ففسخ البيع فيها، فقد قال في الأصل: لا [يجب] استبراء علىٰ البائع في قياس قول أبي حنيفة، وأما في [قياس][1] قول أبي يوسف ومحمد: فعليه أن يستبرئها بحيضة، وهذا فرع علىٰ اختلافهم في المِلك في بيع الخيار.

فعند أبي حنيفة: أن الجارية لم تدخل في ملك المشتري، وإذا عادت إلىٰ البائع لم يجب عليه الاستبراء، كما لو كان الخيار له.

وعندهما: أنها دخلت في ملك المشتري، فإذا عادت إلىٰ البائع وجب عليه الاستبراء كالإقالة بعد القبض، وقالوا جميعاً: لو كان الخيار للبائع ففسخ لم يجب عليه الاستبراء؛ لأنها لم تخرج من ملكه. والله ﷻ أعلم بالصواب[2].



(١) الزيادة من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥٣٧/٢ وما بعدها.

بَابُ
المبيع يحدُث فيه النماء قبل القبض أو بعده



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا أن كل نماء يحدث من[1] نفس المبيع كالولد واللبن والثمر، أو كان عوضاً عن جزء من المبيع كالأرش، أو عوضًا عما في حكم الجزء كالمهر، فإن ذلك إذا حصل قبل القبض دخل في المبيع، أما الولد: فلأن وجوب التسليم حق مستقر في الأم، والحقوق المستقرة تسري إلىٰ الأولاد كالاستيلاد، وأما الأرش: فلأنه يدل عما كان داخلاً في البيع، وحكم البدل حكم المبدل عنه، وأما المهر: فلأن الوطء أجري مجرىٰ إتلاف جزء من طريق الحكم فصار كالأرش.

وإذا ثبت أن النماء الذي ذكرناه يدخل في البيع، [فالولد][2] ليس له حصة مضمونة ما دام في يد البائع، يعني إذا هلك لا يسقط بهلاكه شيء من الثمن؛ وذلك لأن الولد (بيع في العقد)[3]، والإتباع يضمن بالقبض (ولا يضمن بالعقود، وإذا قبض المشتري صارت حصته مضمونة؛ لأن الإتباع يضمن بالقبض)[4] ويقسم الثمن علىٰ قيمة المبيع يوم العقد، وقيمة الولد يوم القبض؛ لأن المبيع صار مضموناً بالعقد، فاعتبرت قيمته عنده.

---

(١) في أ (أن كل ما حدث في نفس).

(٢) في ب (فقالوا) والمثبت من أ.

(٣) في أ (تبع للأصل).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وقد قالوا في الزيادة إذا هلكت في يد البائع: إنها تهلك بغير شيء ولا خيار للمشتري إلا في ولد الجارية خاصة؛ وذلك لأن [هذه] الزيادة لم يتناولها العقد، فإذا هلكت قبل أن تصير لها حصة مضمونة فكأنها لم تكن، وأما ولد الجارية [٦٨/ب]؛ فلأن الولادة عيب في بنات آدم فيثبت الخيار لنقص الأمر لا لهلاك الولد.

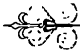
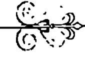
وأما النماء الذي يخالف ما قدمناه فلا يدخل في البيع مثل الكسب؛ لأن الحقوق المتعلقة بالرقاب لا تسري إلى الاكتساب، وأما إذا أتلف البائع النماء الذي [يدخل] في البيع ذهب بحصته من الثمن، تقسم على قيمة العقد يوم العقد وقيمة النماء يوم الاستهلاك؛ لأن البائع إذا استهلكه صار قابضاً له، والأتباع يضمن بالقبض، وإن لم [يضمن][1] بالعقد.

وإذا ضمن النماء بالقبض اعتبرت قيمته يوم القبض، فإن استهلك النماء مستهلك ضمن قيمته، فكانت مع الأصل مبيعاً؛ لأنها قامت مقام الأصل، وقد بينا دخول الأصل في العقد فكذلك بدله.

قال: ولا خيار للمشتري في حدوث الزيادة إلا في ولد الجارية؛ لأن الخيار يثبت [لنقصٍ] في المعقود عليه، وحدوث النماء زيادة، وأما ولد الجارية فلا يثبت الخيار [فيه] للزيادة، وإنما يثبت للعيب الحاصل في الأم، فإن استهلك البائع النماء بطلت حصته عن المشتري، ولا خيار له في قول أبي حنيفة إلا في ولد الجارية، وقال أبو يوسف ومحمد: له الخيار.

لأبي حنيفة: أن الولد لو هلك بآفة من السماء لم يثبت للمشتري الخيار

(١) في أ (يضك) والمثبت من ب.

علىٰ ما قدمنا، وإن لم يسقط شيء من الثمن، فإذا استهلكه[1] البائع سقط بعض الثمن؛ فلأن لا يثبت الخيار أولىٰ.

وجه قولهما: أن الولد لو دخل في العقد فإذا استهلكه البائع تفرقت الصفقة فيه، فيثبت الخيار كما لو كان موجوداً يوم العقد.

وهذا لا يصح؛ لأنه استهلكه قبل أن يحصل له حصة مضمونة، فلم يكن ذلك تفريقاً، ألا ترىٰ أنه لو كان كالموجود في حال العقد استوىٰ هلاكه واستهلاكه في ثبوت الخيار، وأحد لا يقول هذا.

١٣٨٧ ـ فَصْل: [ثمرة النخل فيما إذا اشترىٰ النخل والأرض]

[قال أبو الحسن]: قال أبو يوسف: إذا اشترىٰ أرضاً ونخلاً، فأثمرت النخل فإن الثمرة داخلة في بيع النخل دون الأرض، وقال محمد: [هي داخلة] فيهما.

ومعنىٰ ذلك: أن عند أبي يوسف إذا استهلك البائع الثمر، قسم الثمن علىٰ قيمة الأرض وقيمة النخل، فما أصاب النخل قسَمته علىٰ قيمته يوم العقد، وقيمة الثمر يوم الاستهلاك.

ووجه ذلك: أن الأرض والنخل كل واحدة منهما يصح إفرادها بالعقد فالنماء من أحدهما يتبعه خاصة، ولا يتبع الآخر، كمن اشترىٰ جاريتين فولدت إحداهما دخل الولد في [في بيع أمه] دون الأخرىٰ، كذلك هذا.

وأما محمد: فيقسم جملة الثمن علىٰ قيمة الأرض والنخل يوم العقد وقيمة

---

(١) في أ (أتلفه).

[الثمر] يوم الاستهلاك.

ووجه ذلك: أن النخل يدخل في بيع الأرض على طريق التبع.

ألا ترى أنه لا يفتقر دخوله إلى تسمية، ولو كان هلك لم يسقط بهلاكه شيء، فصار كمن اشترى جارية فولدت ولداً وكبر ولدها في يد البائع، وولدت ولداً أن الثمن يقسم عليهم.

يعتبر قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الولدين يوم القبض، كذلك هذا. [٦٩/أ].

قال: وما حدث من النماء بعد القبض فليس بداخل في العقد دلالة، [ولا حصة له](١) من الثمن؛ لأن العقد لم يقع عليه، ولا وقع عليه التسليم [الموجب](٢) بالعقد، فصار كسائر أموال المشتري. والله أعلم(٣).



(١) في ب (دلالة حصته) والمثبت من أ.
(٢) في ب (الواجب) والمثبت من أ.
(٣) انظر: الأصل ٤٨١/٢.

بَابُ
الزيادة في البيع



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: الزيادة في البيع بعد وقوعه وتمامه جائز عند أصحابنا جميعاً من البائع والمشتري إذا كانت الزيادة فيما لو استؤنف العقد عليها وعلىٰ المزيد فيه جاز.

أما جواز الزيادة في المبيع والثمن فهو قول أصحابنا إلا زفر، فإنه قال: الزيادة هبة مبتدأة، إن قبضت استحقت وإلا بطلت.

وقال الشافعي في الزيادة في المجلس مثل قولنا، وبعد المجلس مثل قول زفر(١).

لنا: أن العقد في ملكهما بدلالة جواز الفسخ فيه، فجاز إلحاق الزيادة به كحال العقد؛ ولأن البيع يقع علىٰ جارية فتلد قبل القبض فيدخل ولدها في البيع، وإذا جاز إلحاق الزيادة بغير تراضٍ من طريق الحكم؛ فلأن يجوز مع التراضي أولىٰ، وعلىٰ الشافعي أن العقد في ملكهما، فجاز إلحاق الزيادة به كحال المجلس.

وجه قول زفر: أن المبيع داخل في ملك المشتري، والثمن في ملك البائع، فإذا زاد المشتري فهو يبذل العوض عن ملك نفسه، وهذا لا يجوز.

والجواب: أن هذا العوض عندنا يلحق بالعقد من طريق الحكم ويصير

---

(١) انظر: المهذب ٣/١٣٤.

كالموجود فيه، فلا يكون دفع عوض عن ملكه؛ (ولأن فيه فلا يكون دفع عوض عن ملكه)[1]؛ ولأن الموهوب له إذا قبض الهبة ثم عوّض عنها جاز، وإن كان بدفع العوض عما هو في ملكه.

فأما شرط أبي الحسن: أن تكون الزيادة مما يجوز استئناف العقد [عليها][2] والمزيد عليه بحيث يجوز العقد عليه.

فإنما شرط ذلك لأحد أمرين: أحدهما: أنه ذكر اجتماعهم[3] والزيادة المتفق عليها ما كانت بهذه الصفة، فأما على قول أبي حنيفة فلا يحتاج إلى هذا الشرط؛ لأن الزيادة الفاسدة تلحق عنده وتفسد، والزيادة بعد هلاك المعقود عليه [تلحق]، أو يكون هذا الشرط ذكر في لزوم الزيادة لا في لحوقها؛ لأن الزيادة الصحيحة تلحق ويلزم، والفاسدة عنده تلحق ولا يلزم؛ لأن العقد عنده يبطل.

قال أبو الحسن: وسواء كان ذلك قبل القبض أو بعده؛ لأن العقد في ملكهما في الحالين، وهذا هو المعنى المُجَوِّز للزيادة.

قال أبو الحسن في تفسير هذه المسألة: إذا كان المبيع عبدين فزاده المشتري مائة جاز وانقسمت على قيمتهما، وكأنّ الثمن في الأصل ألف ومائة، وكذلك لو كان لكل عبد ثمن مسمى فزاده مائة، انقسمت على قدر [الثمنين][4]، ولو زاد في العشرة واحدًا، انقسمت على قدر الثمنين؛ وذلك لأنه إذا زاده [٦٩/ب]

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ، ولعلها هنا مؤكدة.
(٢) في ب (بها) والمثبت من أ.
(٣) في أ (إجماعهم).
(٤) في ب (القسمين) والمثبت من أ.

في العبدين مائة فقد جعلها بدلاً عنهما، والبدل عن الشيئين المختلفين ينقسم على قيمتهما كأصل الثمن، وكذلك إذا كان سمى لكل عبد ثمناً ثم زاده مائة مطلقة فيهما انقسمت على قيمتهما؛ لأن المائة بدل مطلق فصار كالأصل إذا كان مطلقاً، فأما إذا زاده في العشرة واحداً فإن الزيادة أتبعها الثمن، فوجب أن يقسم على قدره.

ألا ترى أنها لو قسمت على القيمة لصارت في أحدهما أقل من واحد في العشرة، وفي الآخر أكثر، وهذا ضد ما قصده.

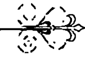
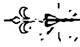
قال أبو يوسف: فإن اشترى عبدين صفقة واحدة بألف، فحط المشتري عنه مائة كان الحط نصفين، والحط مخالف للزيادة؛ وذلك لأن الحط لا يكون إلا من ثمن ولا يتبع القيمة، فإذا قال: حططت من ثمنهما مائة، فقد أدخلهما في الإطلاق على وجه واحد، [فتساويا][1].

قال: وإذا زيد في المبيع ما لا يجوز بيعه، أو لا يجوز الشراء به، فَقَبِلَ الآخر [انفسخ العقد] عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: الزيادة باطلة والعقد بحاله.

لأبي حنيفة: أن كل (معاوضة)[2] يملكان فيها تسمية عوض [صحيح] فإذا سميا عوضاً فاسداً فسد العقد كحال العقد؛ ولأن الزيادة الفاسدة معنىً ينفسخ به العقد، فإذا تراضيا عليها صار كتراضيهما بالفسخ.

وجه قولهما: أن الزيادة الفاسدة لا فائدة في إلحاقها، وما لا فائدة فيه يلغو

(١) في ج (متساويين) والمثبت من أ.
(٢) في أ (حالة).

ويصير كأن لم يكن؛ ولأنها لا تملك لحق الله تعالىٰ، فلا يصح اشتراطها.

قال: وإن كان المبيع قد صار مما لا يجوز العقد عليه مثل أن يعتقه المشتري، أو يستولد، أو يدبر، أو يكون عصيراً فيصير خمراً، أو يخرجه المشتري عن ملكه، فإن الزيادة جائزة عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تجوز.

لأبي حنيفة: أن العقد في ملكهما؛ بدليل أنه[1] لو اطلع علىٰ [عيب][2] بعد العتق أو الهلاك رجع بحصته من الثمن، فجاز إلحاق الزيادة كما لو كان باقياً بحاله.

وجه قولهما: أن الزيادة تثبت في الحال وتستند إلىٰ حال العقد، فلا بد من اعتبار الطرفين، فإذا كان المبيع في الحال لا يجوز العقد عليه، لم تجز الزيادة في عوضه.

وعلىٰ هذا الخلاف إذا زاد الزوج في مهر المرأة بعد موتها.

قال: وإذا زاد غير البائع أو المشتري في المبيع أو في الثمن، فإن كان ذلك بأمر مَن زِيْدَ عليه جاز؛ لأن الزيادة بأمره كزيادته [بنفسه][3]، ولو زاد بنفسه جاز، فكذلك إذا زاد وكيله.

وأما إذا كان بغير أمره وقعت الزيادة علىٰ رضا مَنْ زادها عنه، فإذا أجازها جازت وإن أبطلها بطلت؛ لأنه بذل العوض عنه فصار كالعقد [له][4]، ثم لو عقد

---

(١) في أ (المشتري).

(٢) في ج (العيب) والمثبت من أ.

(٣) الزيادة من أ.

(٤) الزيادة من أ.

له عقداً وُقف، فكذلك إذا بذل عنه زيادة في عقدٍ وقف، ولا [يجوز أن][١] يقال: فهلا قلتم وإنه يضمن الزيادة كما يضمنها الوكيل؛ لأن الوكيل في الزيادة لا يضمن وإن أمر بالزيادة، فإذا لم يؤمر أولىٰ.

وإنما [٧٠/أ] قلنا إنه لا يضمن وإن أمر [بالزيادة][٢]؛ لأن المعقود عليه في ملك العاقد، فلا يَصحُّ أن ينتقل إلىٰ المتولي للزيادة [وهو الوكيل][٣]، وما لا يجوز أن ينتقل الملك فيه إلىٰ الوكيل لا يضمن بعقده كالوكيل بالنكاح، فإن ضمن هذا الزائد الزيادة جازت، ولم يقف علىٰ رضا العاقد؛ لأنَّا أوقفناها[٤] علىٰ رضاه ليسلم من جهته، فإذا ضمنها المتولي للزيادة وبذلها، فقد حصل [العوض][٥] فلم يقف.

وهذه المسالة نظير ما قال محمد في الجامع الصغير: إذا قال الرجل: بع عبدك من فلان بألفٍ علىٰ أني ضامن لك مائة أخرىٰ من ثمنه، ففعل جاز، وكانت هذه المائة زيادة في الثمن من جهة المخاطب.

قال: وإذا زاد أحد المتعاقدين الآخر فلم يَقْبل الزيادة حتىٰ افترقا بطلت الزيادة؛ لأنها عوض في العقد، وإيجاب العقد إذا لم يصادفه القبول في المجلس بطل، فكذلك إيجاب الزيادة.

قال أبو يوسف: وإذا اشترىٰ عبداً بجارية وتقابضا، ثم مات أحدهما في يد

---

(١) الزيادة من أ.
(٢) الزيادة من أ.
(٣) الزيادة من أ.
(٤) في أ (وقفنا).
(٥) في ج (الغرض) والمثبت من أ.

مالكه، ثم زاد أحدهما صاحبه، فالزيادة جائزة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

أما علىٰ أصل أبي حنيفة: فلما بينا أن هلاك المعقود عليه لا يمنع الزيادة، فكذلك هلاك بعضه.

فأما أبو يوسف فيقول: إذا باع عبداً بجارية فهلك أحدهما بعد القبض فالعقد قائم؛ لأن الإقالة جائزة لبقاء ما تعين بالعقد، فجازت الزيادة (كما لو لم يهلك واحد منهما)[١].

وقد قالوا جميعاً في الحَطِّ (بعد هلاك المعقود عليه)[٢]: [إنه] جائز، قال أبو يوسف: وهو استحسان، أما أبو حنيفة: فالهلاك لا يمنع الزيادة عنده، فلأن لا يمنع الحط أولىٰ.

وأما أبو يوسف فيقول: حكم الحَطِّ مخالف للزيادة، ألا ترىٰ انه يصح ملحقاً بالعقد وغير ملحق؛ لأن حط جميع الثمن يصح ولا يلحق، وليس في هلاك المعقود عليه أكثر من أن الزوائد [لا][٣] تلحق العقد، وعدم اللحوق لا يمنع الحط علىٰ ما بينا، وأما الزيادة فلا تَصِحُّ إلا [لاحقة][٤]، فإذا كان المعقود عليه بحيث لا يؤخذ عنه عوض لم يجز إلحاق الزيادة [فيه].

قال: وإذا مات المتعاقدان جازت الزيادة بين ورثتهما، كما كانت تجوز لأبيهما[٥]؛ لأن الوارث قام مقام الميت.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في أ (بعد الهلاك).
(٣) المثبت من أ، والسياق يدل عليه.
(٤) في ب (لحقه) والمثبت من أ.
(٥) في ب (بينهما) والمثبت من أ.

قال محمد: وإذا اشترى جارية [وقبضها، فماتت][1] في يده، فزاد البائع المشتري جارية أخرى فالزيادة جائزة، وإن زاد المشتري البائع لم تجز الزيادة، فإن سلمها إلى البائع فله أن يرجع [فيها]؛ وذلك لأن زيادة البائع عوض عن الثمن، وحكم الثمن قائم فجازت في مقابلته، وزيادة المشتري عوض [عن المبيع][2]، والمبيع هلك فلا يجوز بذل العوض عنه[3].



(١) في ب (وإن زاد المشتري البائع).
(٢) في ب (عنه) والمثبت من أ، وهو أوضح.
(٣) انظر: الأصل ٢/٤٨٣.

بَابُ
ما يكره من التفريق بين الرقيق



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: والأصل في هذا الباب أن كل من اجتمع في ملكه مملوكان صغيران، أو صغير وكبير وبينهما رَحِم مَحْرَم، لم يحل له أن يفرق بينهما في البيع حتىٰ يبلغ الصغير، سواء كان ملكهما [بالسبي][1]، أو الميراث، أو الشراء.

وقال الشافعي: لا يجوز التفريق بين المملوكين إذا كان بينهما ولاد، ويجوز فيما سوىٰ ذلك[2].

فأما الدليل علىٰ امتناع التفريق بين المملوكين إذا كان بينهما ولاد قوله ﷺ: «**من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين الجنة**»[3]. وقال: «**لا تجمعوا عليهم السبي والتفريق**»[4]. ولا خلاف في ذلك.

---

(١) في ب (بالسري) والمثبت من أ.

(٢) ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنين، وبعد السبع إلىٰ البلوغ فيه قولان، والأصح: ـ يجوز؛ لأنه مستغن عن حضانتها ـ، لكنه يكره ولا يحرم، وهو الذي نصّ عليه في رواية المزني، والتفريق بعد البلوغ لا يحرم بلا خلاف، ولكنه يكره باتفاق الأصحاب. انظر: المجموع ٩/٤٠٠.

(٣) أخرجه الترمذي بلفظ: (فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) (١٥٦٦)؛ والحاكم في المستدرك بلفظ الترمذي، وصححه علىٰ شرط مسلم، ٢/٦٣؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٩/١٢٦. انظر طرقه في التلخيص الحبير، ٣/١٥.

(٤) أورده السرخسي في المبسوط، ١٣/١٣٩ وعزاه للدارقطني في مسنده.

فأما مَنْ سواهم من ذوي الأرحام فالدليل على امتناع التفريق بينهما ما روي (أن رسول الله ﷺ دفع إلى عليّ عليه السلام مملوكين أخوين فباع أحدهما، فقال له: اذهب فاسترد)؛ ولأن بينهما رَحِماً كاملاً فيمنع التفريق كالوالدين؛ ولأنه ثبت لبعضهم على بعض حق الحضانة فيمنع التفريق بينهم كالأم.

وقد قال أصحابنا: لا يحل التفريق حتى يبلغ الصغير، وقال الشافعي: إذا بلغ سبع سنين جاز التفريق.

والذي يدل عليه ما روي أن النبي ﷺ قال: «**لا تجمعوا عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية**»(١). ذكره الدارقطني في سننه؛ ولأن المنع من التفريق إنما ثبت لحاجة الصغير إلى الكبير، وهذا المعنى لا يستغنى عنه إلا بالبلوغ كالحضانة في حق الحرة.

وقد قال أصحابنا: إذا فرق بين مملوكين فباع أحدهما، جاز البيع وقد [أَثِم](٢)، وقال الشافعي: البيع باطل، وقال أبو يوسف: البيع باطل في الوالدين جائز في الأخوين، وقال الحسن [بن زياد]: البيع باطل في الجميع.

لنا: أن النهي عن التفريق ليس لمعنىً في نفس العقد، وإنما هو لمعنى في غيره: وهو الضرر الذي يلحق الصغير، والنهي إذا كان لمعنى في غير النهي عنه لم [يفد](٣) الفساد، كالبيع عند أذان الجمعة، وعلى الشافعي: أن التفريق مع

(١) أورده ابن حجر في الدراية بلفظ آخر، وقال: «أخرجه الدارقطني [٦٨/٣] وصححه الحاكم [في المستدرك ٦٤/٢] وفي إسناده عبد الله بن عمرو بن حسان وقد كذبه ابن المديني» ١٥٤/٢.
ورواه البيهقي في الكبرى، ونقل عن الدارقطني نحو كلام ابن حجر. ١٢٨/٩.

(٢) في ب (تمَّ) والمثبت من أ.

(٣) في ب (يفسد) والمثبت من أ.

الرحم لا يوجب فساد البيع كالأخوين.

وجه قول أبي يوسف: أن الحرمة التي بين [الوالدين والولد آكد من الحرمة التي بين الأخوين؛ ولهذا ورد النص بتغليظ التفريق بين] الوالدة وولدها؛ فلذلك فسد البيع في الوالدين ولم يفسد في الأخوين.

قال: وإذا اجتمع مع الصغير عدد من أقاربه في ملك واحد، فقد روى بشر عن أبي يوسف: أنه لا يفرق بينه وبين واحد منهم اختلفت جهات قرابتهم أو اتفقت، فالمختلف كالعمة والخالة، والمتفق كالخالتين والأخوين.

قال: وكذلك لا يفرق بينه وبين الأبعد وإن وجد الأقرب، فقال: إذا اجتمع مع الصغير أبواه وجداه لم يفرق بينه وبين الجدين، وروى ابن سماعة عنه: أنه يجوز التفريق بين الصغير وبين الأبعد إذا وجد من هو أقرب منه.

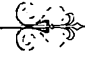
وقال محمد في الزيادات: إذا اجتمع في الصغير أبواه لم يفرق بينه وبين واحد منهما، وجاز أن يفرق بينه وبين من سواهما، وإذا اجتمعت القرابات غير الأب والأم [١٢٦/ب] فإن كانت من جهات مختلفة (كأب الأب، وأمّ الأم، والخال والعمة)[١]، لم يفرق بينه وبين واحد منهم، فإن كانوا من جهة واحدة كالإخوة والعمات والخالات جاز بيعهم إلا واحداً منهم، ويجوز بيع البعيد إذا وجد من هو أقرب منه.

وجه قول أبي يوسف الذي رواه بشر: أن المنع في التفريق [لأنس][٢] الصغير بأقاربه ووحشته بفراقهم، وهذا المعنى يوجد في البعيد مع القريب.

---

(١) في أ (كأم الأب وكأم الأم والخال والعم).

(٢) في ب (سن) والمثبت من أ.

[وأما رواية ابن سماعة؛ فلأن التفريق أجري مجرى حق الحضانة، وذلك لا يثبت للبعيد مع القريب][(١)].

وجه قول محمد: أن القرابة إذا كانوا من جنس واحد، فلهم نوع واحد من الشفقة، وذلك النوع موجود في أحدهم، فلم يستضر الصغير ببيع الباقين، وإذا اختلفت الجهات فلكل جهة ضرب من الشفعة يخالف الأخرى، فلم يتعوض الصغير بأحدهما من الآخر، (فمنع)[(٢)] من بيع الجميع.

قال: وإذا وجب في أحدهما حق بجناية جناها، أو بدين لزمه أو اشتراهما فوجد بأحدهما (عيباً بعد القبض رَدّ المعيب، ودفع الجاني، وبيع المدين)[(٣)]، وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد، إلا أن محمداً روى عن أبي حنيفة أنه قال: أكره للمولى دفعه بالجناية، وأحبّ له أن يفديه، وقال أبو يوسف في العيب: يردهما جميعاً.

قال الشيخ: والأصل في هذا أنه متى تعلَّق بأحدهما حق لم يكره التفريق؛ لأنَّا لو لم نفرق لأسقطنا حق المولى.

ألا ترى أنا نلزمه المعيب ونعين عليه الفداء، وقد يكون أكثر من قيمة العبد، ونوجب عليه قضاء الدين، وإذا فرقنا أسقطنا حق العبد، فإذا لم يكن [بد][(٤)] من إسقاط أحد الحقين كان إسقاط حق العبد أولى، وإنما قال أبو حنيفة:

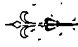
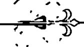
---

(١) الزيادة زيدت من أ.

(٢) ما بين القوسين سقطت من أ.

(٣) وفي أ (فرد بعد القبض برد المعيب، ويدفع الجاني ويبيع المدين).

(٤) في ج (له ذلك) والمثبت من أ.

أستحب في الجناية الفداء؛ لأن المولىٰ مخير بين ذلك وبين الدفع، فإذا خُيّر بين التفريق وغير التفريق علىٰ وجه واحد، فترك التفريق أولىٰ.

فأما الذي قاله أبو يوسف [في الرد بالعيب، فليس بصحيح؛ لأنه يؤدي إلىٰ ردّ الصحيح بعد القبض بعيب في غيره، وهذا لا يجوز، كما لو كانا أجنبيّين.

وأما أبو يوسف][1] فيقول: لما لم يجز التفريق ووجب الرد في المعيب، ردَّهما كما قبل القبض، ولا يكره عتق أحدهما ولا كتابته؛ وذلك لأن المنفعة التي تحصل بالعتق أكثر من الضرر الذي يوجد في التفريق، والضرر الذي قابله نفع وهو أكثر منه لم يمنع منه، وكذلك الكتابة يتوصل بها إلىٰ العتق فهي كالعتق، وقد روىٰ أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه كره بيع أحدهما لمن يعتقه نسمةً، وأجاز البيع، وقال أبو يوسف: أفسخه، وقال محمد: لا بأس بذلك.

وجه قول أبي حنيفة: أنه إذا شرط العتق في العقد فسد العقد، وإن شرط[2] في غير العقد لم يجب الوفاء به، فاستضر بالتفريق من غير نفع حاصل فكُرِه، وأما أبو يوسف فقال: أفسخ العقد؛ لأن البيع الذي شرط فيه العتق بيع فاسد، ففسخ للفساد لا للتفريق، وأما محمد فيقول: الغالب أنّ من اشترىٰ عبداً نسمة وفَّىٰ بالشرط، فيحصل له منفعة العتق، وذلك يوحي علىٰ التفريق، ويجوز أن يكون محمد أجاب في الموضع الذي يجب الوفاء بالعتق، وهو أن يقول للمشتري: إن اشتريته فهو حر عن كفارتي فيحصل العتق لا محالة، وأجاب أبو حنيفة في العتق الذي للمشتري أن يفي به، وله أن لا يفي به.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ، وساقطة من ج.

(٢) في أ (وإن لم يشرط).

وقد قالوا في الصغير: إذا راهق فبيع باختياره [ورضاه، أنه لا][1] يكره ذلك؛ لأن [المنع] للضرر الذي يلحقهما، فإذا اختار التفريق دلَّ ذلك على ما يقع لهما فيه، فيجوز[2].



(١) في ج (ورضا أمه لم) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢/٥٢٠ ما بعدها.

بَابُ
الإقالة



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في جواز الإقالة[1] قوله عليه [الصلاة و]السلام: «من أقال نادماً ببيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة»[2]. ولأن العقد انعقد بتراضيهما، والإقالة رفع له، فصارت كالطلاق في النكاح، وإذا ثبت هذا فقال أبو حنيفة: الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بيع في حق غيرهما، بمعنىٰ أن الشفعة تتعلق بها.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنها بيع بعد القبض فسخ قبله.

وقال أبو يوسف: هي بعد القبض وقبل القبض فسخ إلا في العقار، فإنها بيع قبل القبض وبعده[3].

وقال محمد: إن كانت بغير جنس الثمن (الأول)[4] أو بأكثر منه فهو بيع، وإن كانت بمثل الثمن (الأول)[5] أو أقل، فهي فسخ بالثمن، ويبطل بشرط

---

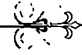
(١) الإقالة في اللغة تعني: الرفع والإزالة. ومن ذلك الإقالة في البيع؛ لأنها رفع للعقد ونقض وإبطال. واصطلاحًا: «رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره، بتراضي العاقدين». معجم المصطلحات الاقتصادية ص٧٢.

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٤٠٢/١١؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٢٧/٦؛ وفي التيسير بشرح الجامع الصغير: (إسناده ضعيف)، ٤٠٣/٢.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص١٨٢.

(٤) ساقطة من أ.

(٥) ساقطة من أ.

النقصان، (وكذلك إن أجَّل الثمن)[1].

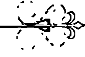
وقال زفر: هي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما، ولم يوجب فيها الشفعة.

لأبي حنيفة: أن الإقالة عبارة عن الرفع يقال أقال الله عثرته بمعنىٰ: رفعها، والرفع: هو الفسخ؛ ولأنها تصح من غير تسمية عوض، فلو كانت بيعاً لم تجز إلا بعوض مسمىً؛ ولأنها تصح في عبدٍ حيٍّ وعبدٍ ميتٍ، وابتداء البيع لا يجوز علىٰ هذا الوجه؛ ولأنها اختصت باسم، وكل عقد خصَّ في الشرع باسم اختص بمعنىٰ؛ بدلالة النكاح والإجارة، ولا معنىٰ يختص بالإقالة إلا ما ذكرنا.

وجه قول أبي يوسف: أن الإقالة نقل ملك بعوض، وهذا معنىٰ البيع، وعقد البيع لا يقف علىٰ لفظ البيع إذا وجد معناه، فإذا كان معنىٰ البيع موجوداً والبيع يصح في المبيع بعد القبض [كانت] بيعاً، [وليس][2] يسري كذلك قبل القبض؛ لأنَّا لو جعلناها بيعاً كان بيعاً فاسداً؛ لأن بيع الأعيان المنقولة قبل القبض لا يصح، فوجب حمل ذلك علىٰ وجه صحيح وهو الفسخ، ولهذا قال إنها بيع في العقار قبل القبض؛ لأن بيعه جائز.

وجه قول محمد: أنهما لما عدلا (عن جنس الثمن إلىٰ جنس آخر، وعن مقداره إلىٰ ما هو أكثر منه، دلَّ علىٰ أنهما)[3] لم يقصدا الفسخ؛ لأن الفسخ لا يقع إلا (علىٰ ما)[4] وقع عليه العقد، فكان ذلك بيعاً، وليس كذلك إذا ذكر أقل

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في ج (يسر) والمثبت من أ.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٤) في أ (عمّا).




من الثمن ؛ لأن السكوت عن بعض الثمن كالسكوت عن جميعه ، ولو سكت عن جميعه صحت الإقالة ، فكذلك إذا سكت عن بعضه.

وقد قال محمد في كتاب الشفعة: إن الشفيع إذا قضي له بالشفعة وطلب منه المشتري أن يقيله فيها بزيادة ثمن ، فالزيادة باطلة في قول أبي حنيفة ومحمد ، وإنما وافقه[1] محمد في هذه المسألة ؛ لأنه حملها على الإقالة قبل قبض الشفيع الدار ، ومن أصله: أن بيع العقار قبل القبض لا يصح ، فحمله على الفسخ.

وقد ذكر في المأذون في الإقالة بأكثر من الثمن [إنها في قول أبي يوسف ومحمد ، وهذا يدل على مسألة الشفعة ، وإنما قلنا][2]: أنها بيع في حق الغير ، (وعلقا)[3] بها الشفعة.

وصورة ذلك: أن يبيع الرجل داراً فيسلم الشفيع الشفعة ثمَّ يتقايل البائع والمشتري ، فللشفيع الشفعة ، وقال زفر: لا شفعة له.

والوجه في ذلك: أن الإقالة نقل ملك بعوض ، والشفعة تتعلق بذلك ، فلما عبّرا عنها بالإقالة فقد أرادا إسقاط حق الشفيع وهما لا يملكان ذلك ؛ ولأن الدار عادت إلى ملكه بقبوله ورضاه فصارت كالبيع المبتدأ.

وجه قول زفر: أن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بخيار الشرط إذا ثبت ما قدمنا ، فقال أبو حنيفة: إذا تقايلا بأكثر من الثمن ، أو أقل ، أو بجنس آخر ، أو أجّلا الثمن صحت الإقالة بالثمن وبطل ما شرطاه.

---

(١) في أ (وافق محمد أبا حنيفة).
(٢) ما بين المعقوفتين سقطت من ج ، والزيادة من أ.
(٣) في أ (وعلقنا).

وقال الشافعي: الإقالة باطلة[1]. وهذا لا يصح ؛ لأنه فسخ شرط فيه زيادة بدل ، فصح الفسخ وبطل الشرط ، كالفسخ بالخيار[2].

قال: وقبول الإقالة على المجلس ؛ لأنه نقل ملك بالعوض كالبيع ؛ ولأن الإقالة إذا أوجبها المشتري فإن البائع يحتاج إلى الارتياء والنظر ، وذلك يتقدر بالمجلس كخيار القبول.

قال: وتصح الإقالة بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل ، وقال محمد لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، والأصل في ذلك: أن الإقالة لا يحضرها السوم في العادة فصارت كالنكاح.

وجه قول محمد: أنها تمليك مال بعوض كالبيع.

قال: وتصح الإقالة إذا كان ما وقع عليه العقد عيناً قائمة في يد المشتري ، وسواء كان البيع على شيئين بأعيانهما بقيا جميعاً ، أو بقي أحدهما إذا بقي في البيع ما يجوز فسخ البيع فيه بعيب جازت الإقالة ، وإن لم يبق ذلك لم تجز الإقالة.

قال الشيخ: وجملة هذا أنه إذا بقي ما يعين بالعقد ، أو بشيءٍ منه جازت

---

(١) الإقالة: فسخ للعقد في الأظهر ، وليست ببيع على المشهور من المذهب ، سواء كانت قبل القبض أو بعده.
والإقالة جائزة ، وتصبح مندوبة ، فتسن الإقالة إذا ندم أحدهما على البيع مثلاً ، فيستحب للآخر إقالته ؛ للأحاديث الواردة في ذلك. انظر: المزني ص٩٢ ؛ المهذب ١٨١/٣ ؛ المجموع [تكملة السبكي] ١٦٠/١٣ ؛ مغني المحتاج ٦٥/٢.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٠٢/٣.

الإقالة منه ؛ لأن العقد قائم لبقاء ما تعين به ، والإقالة وُضِعت لرفعه فما دام قائمًا جازت الإقالة ، وإن (لم يبق)[1] ما تعين بالعقد لم يبق العقد ، فلا معنى لرفعه ، ولهذا قالوا إذا باع عبداً بثمن فهلك العبد مع بقاء الثمن لم تصح الإقالة[2] ؛ لأن الثمن لم يقع العقد عليه ، وإنما هو مأخوذ عما وقع عليه العقد ، وإذا لم يبق المعقود عليه لم يبق العقد ، فلم تصح الإقالة[3] .



(١) ما بين القوسين ساقطة من الأصل.

(٢) في أ (لم يصح العقد).

(٣) انظر: الأصل ١١/١٨٤، ١٨٥.

بَابُ
بيوع أهل الذمة



قال أبو الحسن: ما جاز بيعه بين المسلمين جاز بين أهل الذمة[1]، وما بطل بين المسلمين بطل بين أهل الذمة، إلا الخمر والخنزير فإن بيعهم في ذلك جائز.

قال الشيخ: والأصل في ذلك أنَّ جميع الناس في حكم الشريعة سواء إلا ما دلَّ عليه الدليل.

ألا ترىٰ أن النبي ﷺ قال: «**بعثت إلىٰ الأحمر والأسود**»[2]. وإذا (صاروا في حكم الشريعة سواء)[3] حملوا عليها.

فأما الخمر والخنزير فالدليل علىٰ جواز بيعهم فيهما: أنهم أُقِرُّوا بعقد الأمان علىٰ أنها مال لهم، فلو لم يجز تصرفهم فيها لخرجت من أن تكون مالاً، و[في] هذا خفر الأمان، وليس كذلك الربا؛ لأنَّا إذا منعناهم منه لم تخرج الأموال من أن تكون مالاً [لهم]؛ لأنهم يتصرفون فيها لا علىٰ وجه الربا؛ ولأن النبي ﷺ كتب إلىٰ مجوس هجر: «**إما أن تذروا الربا أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله**»[4]،

---

(١) الذِّمَّة ـ بكسر الذال ـ والجمع ذمم: العهد والأمان.
عقد الذمَّة: عهد يُعطىٰ للمواطنين غير المسلمين في دولة الإسلام، بالحفاظ علىٰ أرواحهم وأموالهم وعدم المساس بأديانهم. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (ذمم).

(٢) ذكر في كشف الخفاء ضمن الأحاديث التي لا يعرف لها إسناد، ١/٤٥٠، ٤٥١.

(٣) في أ (وإذا تساووا في حكم الشريعة).

(٤) أورده الهيثمي في مجمع الزوائد، في كتاب النبي ﷺ إلىٰ البحرين (في حديث طويل)، وقال:=




ولم يكتب إليهم في الخمر بشيء، فدل على اختلافهما.

وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلغه أن المسلمين بالشام يأخذون الخمر والخنزير في الجزية، فكتب إلى عماله: ولّوهم بيعها وخذوا أثمانها، فسمى العقد عليها بيعاً، وعوضها ثمناً، وهذا يدل على (جواز)[1] البيع؛ ولأنه مال لهم أُقروا على التصرف فيه، فجاز بيعه كسائر أموالهم.

قال: وإذا باع ذِمِّيٌّ خمرًا أو خنزيرًا، ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض انتقض البيع، وإن كان ذلك بعد قبض الخمر والخنزير جاز البيع، قبض الثمن أو لم يقبض.

والأصل في هذا: أنه طرأ على العقد قبل القبض [ما أوجب][2] تحريم مثل ذلك العقد، فبطل العقد بدلالة أن النبي ﷺ لما دخل مكة أبطل من الربا ما لم يقبض، ولم يتعرض لما قبض بالفسخ، وهذا معنى قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ [البقرة: ٢٧٨]؛ ولأن القبض يملك به التصرف كما أن العقد يملك به العين، فإذا كان الإسلام يمنع العقد (مع)[3] القبض، (فكذلك يمنع القبض بعد العقد)[4]، فأما المقبوض فقد تمَّ العقد فيه، فالتحريم بعد تمام العقد لا يؤثر في العقد كالربا.

قال: فإن صارت خَلًّا قبل القبض فالمشتري بالخيار: إن شاء قبض، وإن

= (رواه الطبراني من رواية داود بن المحبر عن أبيه، وكلاهما ضعيف)، ٣١٣/٥، ٣٤١.

(١) في أ (صحة).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في أ (منع).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

شاء ترك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قياس قول محمد: العقد باطل.

لهما: أن العقد وقع صحيحاً، وإنما تعذر فيه القبض بالإسلام، فإذا صارت خَلًّا أمكن القبض، فزال المعنى المفسد فيصح العقد، إلا أن الخيار ثبت لتغيير الصفة.

وجه قول محمد: أن العقد بطل بالإسلام فلا يصح إلا باستئناف، وهذا الخلاف بناه أبو الحسن على مسألة قد قدمناها: وهي المسلم يشتري من المسلم عصيراً فيصير خمراً قبل القبض، وقد بينا هذه المسألة.

١٣٨٨ - فَصل: [إجبار الذمي ببيع العبد المسلم]

وإذا اشترى الذمي عبداً مسلماً جاز البيع، وأجبر على بيعه صغيراً كان المالك أو كبيراً، [يجبر][١] ولي الصغير على بيعه، فإن لم يكن له ولي أقام الحاكم له ولياً.

وقال الشافعي: في أحد قوليه: البيع باطل.

وعلى هذا الخلاف إذا اشترى[٢] مصحفاً.

والدليل على ما قلنا: أن الكافر يملك المسلم بالميراث، فجاز أن يملك بالشراء كالمسلم؛ ولأنه يجوز له بيعه فجاز له شراؤه كالعبد الكافر (أو كالصبي المملوك إذا أسلم بنفسه)[٣]؛ ولأن المنع من ملك الكافر المسلمَ لحرمة المسلم، والحرمة في المملوك تمنع استدامة الملك ولا تمنع الملك كالابن إذا اشترى

(١) في ج (لجبر) والمثبت من أ.
(٢) في أ (باع).
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

أباه، وإنما [قلنا إنه] يجبر على إخراجه من ملكه ؛ لأنا لو بقّيناه [على ملكه] لاستذله بالاستخدام، والكافر لا يُمَكَّن من استذلال المسلم، فأما الصغير، فلو بقينا المسلم على ملكه لاستخدمه، ولا يمكن إلزام الصبي البيع، فيلزم ذلك وليه المالك التصرف عليه.

قال أبو الحسن: وسواء كان المردود عليه مسلماً أو كافراً، ثم يجبر المردود عليه إذا كان كافراً.

قال الشيخ: وهذا جواب مسألة أغفل سؤالها: وهي الكافر إذا اشترى من الكافر عبداً مسلماً شراءً فاسداً، فإنه يجبر على ردِّه عليه، ويجبر البائع على بيعه ؛ لأن فسخ البيع الفاسد يجب لحق الله تعالى، فلو أجبرنا المشتري على البيع (كنا قد قررنا)[1] البيع الفاسد، وهذا لا يجوز، فكذلك فسخ البيع الفاسد، ثم أجبر البائع على بيعه حتى يكون قد أدى الحقين.

قال: وكذلك إذا أسلم عبد الذمي بعد أن ملكه ؛ لأنه لا يجوز أن يستديم الملك فيه بعد الإسلام، فيجبر على البيع.

قال: فإن أعتقه الذمي جاز ؛ لأنه على ملكه وقد أزال ملكه عنه بالعتق فهو كالبيع، وإن دبّره جاز ؛ لأنه على ملكه ويستسعي المدبَّر في قيمته ؛ لأنَّا لو بقيناه على ملكه لاستخدمه، [ولا يجوز بيعه][2]، ولا يجوز أيضاً أن يزال ملكه عنه بغير عوض، فلم يبق إلا السعاية التي يتوصل إلى زوال الملك، فإن كانت أمة فاستولدها قضي عليها بالسعاية ؛ لأن الاستيلاد صادف ملكه فتعدّى، فلا يجوز

(١) في أ (لقرّرنا).
(٢) الزيادة من أ.

تبقيتها على الملك فيستخدمها ، ولا يجوز إزالة ملكه بغير عوض ؛ لأن كل ذلك استحق إزالته ، فإن الحاكم يزيله بعوض ، ولا عوض في أم الولد إلا السعاية ، ويُوجَع الذمي ضربًا ؛ لأنه وَطِئ مسلمة ، وهذا وطءٌ محرم ليس عليه حد في الشريعة ، فيجب فيه التعزير ، فإن كاتبه جازت الكتابة ؛ لأنها صادفت ملكه ، ولا يعترض عليه ؛ لأن الكتابة إزالة اليد ، ومنعت الاستخدام وهذا هو المقصود ، فإن عتق فقد زال ملك الذمي عنه ، وإن عجز أجبر على بيعه كالابتداء ، وكذلك الذمي إذا ملك شِقْصاً من مسلم ؛ لأنه يملك استخدام الشقص.

ألا ترى أن العبد يخدم كل واحد من مواليه بقدر حقه [فلذلك يجبر](١) على بيعه كما لو ملك جميعه.

قال: وإذا كان أحد المتعاقدين مسلماً والآخر ذمياً لم يجز بيعهما إلا بما يجوز بين المسلمين ؛ وذلك لأن المسلم [منهما](٢) لا يجوز له تملك الخمر ولا تمليكها ، فلم يصح عقد الآخر معه عليها.

قال: وإذا كانا ذميين أحدهما وكيل المسلم في بيع خمر أو شرائها ، جاز ذلك عند أبي حنيفة وأُمِرَ المسلم أن يخللها ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز.

لأبي حنيفة: أن حقوق العقد تتعلق بالعاقدين ، وهما كافران يجوز لهما التصرف في الخمر فجاز عقدهما ، ولم يعتبر المالك كالمأذون الكافر إذا كان مولاه مسلماً ؛ ولأنَّ من أصلنا: أن المشترى ينتقل إلى الوكيل ويملكه الموكل من طريق الحكم ، والمسلم يجوز أن يملك الخمر حكماً ، كما لو مات أبوه وهو حلال

---

(١) في ج (فأجبر) والمثبت من أ.

(٢) في ج (فيهما) والمثبت من أ.

قد صنع الخل فاشتد قبل (أن يصير خلًّا)[١] انتقل إلى الوارث، كذلك هذا.

وجه قولهما: أن المسلم لا يملك شراء الخمر فلا يملك الأمر بها، وإذا لم يصح أمره بقي الوكيل متصرفاً بغير أمره فيكون ما اشتراه له[٢].

١٣٨٩ـ قال الشيخ: ومن مسائل هذا الباب

إذا اقترض النصراني [من النصراني] خمراً ثم أسلما أو أسلم أحدهما، فإن كان المقرض هو المسلم سقطت الخمر في قولهم؛ وذلك لأن المطالبة بالدين سقطت على التأبيد من جهة صاحب الحق كالبراءة، وأما إذا أسلم المستقرض فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن الخمر تسقط، وذلك لأنّ إسلام أحد المتقارضين صار كإسلام المقرض، (فيوجب سقوط الخمر بغير شيء)[٣].

وقد روى محمد [و] عافية وزفر عن أبي حنيفة: أن الخمر لا تسقط، وهو قول محمد؛ لأن التسليم تعذر بفعل المسلم، فصار كما لو استهلك بعد إسلامه خمراً على ذمي (فيلزمه قيمتها. والله تعالى أعلم بالصواب)[٤].



---

(١) في أ (أن يحمض).

(٢) انظر: التجريد، ٥/٢٦٢٦ وما بعدها.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

بَابٌ
اختلاف البائع والمشتري في المبيع

قال أبو الحسن: وإذا اختلف البائع والمشتري فيما وقع عليه عقد البيع، أو في ثمنه، فالقول قول البائع، ويتحالفان ويفسخ البيع بينهما ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه.

قال الشيخ: قد بَيَّنَّا في باب السلم أن القياس ينفي التحالف، وأن الخبر ورد بخلاف القياس، وبَيَّنَّا ما ذكره محمد في كتاب الدعوى[1]، فلذلك لم نعده في هذا الموضع.

وأما قوله (يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه) فهذا يقتضي أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، (وذكر محمد في الزيادات: أن البائع يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراه بألفين)[2] ولقد اشتراه بألف، فجمع في اليمين بين النفي والإثبات، والصحيح أن الاقتصار على النفي هو الواجب؛ لأن الأيمان لم توضع على الإثبات وإنما وضعت على النفي.

وما ذكره في الزيادات فإنما جعله الإثبات تأكيداً للنفي، وهذا غير ممتنع.

ألا ترى أن البينات وضعت للإثبات ثم جاز أن تؤكد بالنفي، فتشهد الشهود

---

(١) راجع أيضًا كتاب الدعوى بشرح الجامع الصغير للصدر الشهيد، ص ٤٨٩ وما بعدها.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

أن فلاناً مات وأن هذا وارثه، ولا يعلمون له وارثًا غيره.

وأما قوله (ويفسخ البيع بينهما) فيدل على أنهما إذا تحالفا لم ينفسخ البيع بالتحالف حتى يفسخه الحاكم، وهذا صحيح لأن التحالف يسقط ما يدعيه كل واحد منهما من البدل، فيفسد البيع بالتحالف لعدم بدله، والبيع الفاسد لا بد له من فسخ.

قال: وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الآخر؛ لأن النكول بذلٌ، وبذل الأعواض يجوز من طريق الحكم.

قال: والذي يبدأ به في اليمين المشتري، فظاهر ما ذكره في الأصل وأشار إليه أبو الحسن في جامعه: أنه يبدأ بيمين البائع عند أبي حنيفة وزفر؛ لأنه قال: كان القياس أن يبدأ بيمين البائع، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع. وقال: يبدأ بيمين المشتري، وهذا قول محمد ولم يذكر رجوع أبي حنيفة، وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يبدأ بيمين المشتري، وهذا إذا كان بيع عين بثمن، فإن كان باع عيناً بعينٍ، أو ثمناً بثمنٍ، بدأ القاضي بأيهما شاء في اليمين، وقال الشافعي: يبدأ بيمين البائع[1].

والأصل في البداية بيمين المشتري: أن اليمين تطلب لفائدة النكول؛ ولهذا لا يستحلف فيما لا يستوفى بالنكول، [ونكول][2] المشتري تتعجل فائدته وهو تسليم الثمن، ونكول البائع تتأخر فائدته؛ لأنه يقال له: أمسك المبيع حتى

(١) انظر: المهذب ٣/١٤٨.

(٢) في ب (ويكون) والمثبت من أ.




تستوفي الثمن، فكان تقديم يمين من (تتعجل فائدته بنكوله أولىٰ)[1].

ولهذا قلنا في العين بالعين، والثمن بالثمن، أن القاضي يبدأ بأيهما شاء؛ لأنهما تساويا في فائدة النكول، وعلىٰ الشافعي أن الاختلاف إذا حصل في البدل ابتدأ بيمين من في ذمته البدل كالاختلاف في المهر يبدأ بيمين الزوج بلا خلاف.

وجه قول زفر: قوله ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع**»[2]، فخصه بالذكر، وأقل (أحوال)[3] فائدة التخصيص التقديم.

ثم قال: وإذا وقع الاختلاف في صفة ما في الذمة كالمُسْلَم فيه تحالفا، فإن وقع في صفة الأعيان لم يتحالفا، وقد بينا أن الفرق بينهما: وهو أن العقد علىٰ ما في الذمة عقد علىٰ الصفة، فالاختلاف فيهما اختلاف في عين المعقود عليه.

فأما الأعيان فالمعقود عليه العين، فالاختلاف في صفتها اختلاف في المعقود، فلا يوجب التحالف كالاختلاف في البراءة من العيوب.

قال: وأيهما أقام البينة فالبينة بينته؛ لأنه لا يقابلها إلا الدعوىٰ، والبينة مقدمة علىٰ الدعوىٰ، فإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة البائع في الثمن، وبينة المشتري في المبيع؛ لأن كل واحدة من البينتين أثبتت الزيادة، والبينة المثبتة للزيادة أولىٰ.

---

(١) في أ (من تعجلت فائدته أولىٰ).

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه بلفظ: «إذا اختلف البيّعان وليس بينهما بيّنة والبيع قائم بعينه، فالقول ما قال البائع..» (٢١٨٦)؛ والدارقطني، ٣/٢٠؛ ومالك في الموطأ (١٣٥٠).

(٣) في أ (ما تقتضيه).

قال: فإن كان المبيع قد هلك في يد المشتري، أو خرج عن ملكه، أو صار بحال لا يقدر علىٰ رَدِّه بعيبٍ، فالقول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا كان الثمن ديناً، وقال محمد: يتحالفان ويفسخ البيع ويجب علىٰ المشتري القيمة، وهو قول الشافعي[1].

لهما: ما روي في حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة في يد المشتري، تحالفا وترادا، وإن هلك المبيع فالقول ما قال المشتري**»[2]. فلأنه سبب في الفسخ فلا يجوز مع هلاك المبيع كالإقالة والرد بالعيب، ولا يلزم إذا باع [عبدًا بجارية][3] وسلمها وهلك العبد قبل القبض، ثم اختلفا؛ لأنه لم يهلك جميع المبيع وإنما هلك بعضه، ولأنَّا سوينا في العلة بين الفسخ بالتحالف وبين الفسخ بالإقالة، وهما يتساويان في تلك المسألة؛ لأن الإقالة جائزة بعد هلاك العبد، وقد قال محمد في المبيع: إذا استهلك في يد البائع فأخذ قيمته ثم اختلفا تحالفا، وهذا لا يجوز أن يكون قوله خاصة؛ لأن التحالف [يثبت] الفائدة، [فلو تحالفا بعد الهلاك، لرجع إلىٰ قول المشتري في القيمة، فيجوز أن يعترف][4] مما اعترف به من الثمن، فلا يستفاد بالفسخ فائدة، ومالا فائدة فيه فلا معنىٰ لإثباته.

وجه قول محمد: أنه اختلاف في المعقود عليه، فصار كحال بقاء السلعة؛

(١) انظر: المهذب ٣/١٥١.

(٢) أخرج الرواية بطرق وألفاظ مختلفة الذهبي في تنقيح التحقيق وقال: «فهذه الأحاديث ضعاف، أبو عبيدة وعبد الرحمن لم يسمعا من أبيهما ولا عون، وابن المرزبان ضعيف»، ٢/٩٢.

(٣) في ب (عند إيجابه) والمثبت من أ.

(٤) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

ولأن التحالف يثبت لاستدراك الظلامة التي لا تستدرك إلا به، وهذا المعنى موجود بعد الهلاك.

قال: وإن اختلفا في البيع فادَّعى البائع ثمناً ديناً، وأقرَّ المشتري بثمن [عين]، أو ادعى البائع ثمناً عيناً وأقرَّ المشتري بدين مثل أن يقول: اشتريت هذه الجارية بألف، فيقول البائع: بعتكها بعبدك هذا، وقد قبض المشتري الجارية فماتت في يده، فإنه لا ينظر إلى دعوى البائع، وينظر إلى دعوى المشتري، فإن ادَّعَى أن الثمن دين كان القول قوله مع يمينه، وإن ادعى عينًا تحالفا وردَّ قيمة الجارية؛ وذلك لأن المعقود عليه من جهة البائع هالك، والثمن يثبت بقول المشتري، فإذا اعترف بدين فلم يبق ما تعين بالعقد فلا يثبت التحالف، وإن اعترف بعين فقد بقي ما تعين بالعقد، فيثبت التحالف كما تثبت الإقالة.

قال: وإذا تحالفا وقد هلك أحد العوضين في يد الآخر ردَّ مثله إن كان له مثل، وقيمته إن لم يكن [له] مثل؛ لأن التحالف [يوجب][1] فسخ العقد، فصار العوض مقبوضاً بعقد [منفسخ][2]، فيضمن بنفسه كضمان الغصب.

قال: وإذا اختلفا وقد هلك بعض المبيع في يد المشتري، فالقول عند أبي حنيفة قول المشتري، ولا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي، ولا يطالب بثمن الهالك، فإن رضي بذلك تحالفا كما يتحالفان إذا كان المبيع كله قائماً، وكذلك إن نقص المبيع بعيب في يد المشتري.

وقال أبو يوسف: القول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) في ب (فيفسخ) والمثبت من أ.

ويترادان فيما بقي.

وقال محمد: يتحالفان، أما أبو حنيفة فيقول: المعنىٰ المانع من التحالف إذا هلك جميع المبيع، أن الفسخ يقع علىٰ القيمة التي لم يقع عليها العقد، وهذا المعنىٰ موجود إذا هلك بعضه، وليس كذلك إذا رضي البائع أن يترك حصة الهالك؛ لأنه يسقط من العقد، فصار كأن لم يكن، وكأن العقد لم يتناول إلا الباقي.

وأما أبو يوسف: فقال إن التحالف سبب للفسخ كالإقالة، ومعلوم أن الإقالة جائزة إذا هلك بعض المبيع، فكذلك يثبت التحالف، وأما محمد فمن أصله: أن هلاك جميع المبيع لا يمنع التحالف فهلاك بعضه أولىٰ، وإنما قالوا إنهما يتحالفان علىٰ جميع المبيع؛ لأنه لو حلف علىٰ الباقي كان صادقاً؛ لأنه إذا اشترىٰ عبدين بألف وحلف أنه لم يشترِ أحدهما بحصته فهو صادق؛ فلذلك يستحلف علىٰ الجميع، وإن كان الفسخ في البعض عند أبي حنيفة [لا يجوز](1).

قال: ولو اختلفا في الثمن، فقال أحدهما: حَالٌّ، وقال الآخر: إلىٰ شهرٍ، أو قال البائع: إلىٰ شهر، وقال المشتري: إلىٰ شهرين. فالقول قول البائع ولا يتحالفان، وقال زفر: يتحالفان، وهو قول الشافعي(2).

لنا: أنه اختلاف في غير المعقود عليه كالاختلاف في البراءة من العيب؛ لأن الأجل معنىً يؤثر في المطالبة، فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كالبراءة؛ ولأن التحالف يثبت إذا كان الاختلاف في معنىٰ إذا سقط بيمينهما فسد العقد بسقوطه فيقتضي الفسخ، وهذا المعنىٰ لا يوجد في الأجل؛ لأن سقوطه لا يفسد

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) انظر: المهذب ٣/١٥١، ١٥٢.

العقد، فإن قيل: فقد قلتم إن الاختلاف في الأجل في السَّلَم لا يوجب التحالف وإن كان سقوطه يفسد السلم عندكم.

والجواب: أن في السلم إنما سقط بالتحالف ما بقي من الأجل، وما مضى منه لا يمكن إسقاطه، والعقد يستقل بذلك القدر.

وجه قول زفر: قوله ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا**». ولم يفصل؛ ولأن الأجل صفة في الثمن كالسود والبيض، فالاختلاف فيه يوجب التحالف كالسود والبيض. (والله ﷻ أعلم بالصواب وإليه المآب)[1][2].



(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ.

(٢) انظر: التجريد، ٢٥٣٢/٥؛ شرح مختصر الطحاوي ٨٠/٣.

بَابُ
الرجل يبيع السلعة ثم يشتريها بأقلَّ ممَّا باعها به



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل سلعة بثمن إلىٰ أجلٍ، أو بثمن حَالّ فلم يقبض الثمن حتىٰ اشتراها بثمن من جنس الثمن، وهما [مما] لا يجوز التفاضل فيهما، فإن البيع لا يجوز في قولهم.

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: وهذه هي مسألة زيد بن أرقم وقد قدمناها[1].

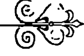
قال: فإن كان الثمن [الثاني] من غير جنس الأول، جاز البيع إلا أن يكون أحدهما دراهم والآخر دنانير، والثاني أقل قيمة من الأول، فالبيع فاسدٌ استحساناً.

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في ذلك: أن المنع من الشراء بأقل من الثمن الأول قبل استيفاء حقوق العقد الأول إنما هو لتُهْمَة الربا، والربا يثبت في الجنس الواحد ولا يثبت في الجنسين، وهذا هو القياس في الدراهم والدنانير، ولكنهم استحسنوا فيهما؛ لأنها أجريت مجرىٰ الجنس الواحد في الأحكام.

ألا ترىٰ أن كل واحد منهما أثمان الأشياء وقِيَمُ المتلفات، فصار كأنه

---

(١) ما يعرف في لغة الفقهاء (ببيع العِيْنَة)، إذا كان صاحبها من أهل العِينة.
والعِيْنَة ـ بكسر العين وفتح النون ـ: من عيّن، وعين الشيء ذاته.
«وهو بيع الشيء نسيئة بثمن، ثم شراؤه ممن باعه إياه نقداً بثمن أقل». انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (عين).

اشترىٰ بجنس ما باع بأقل من الثمن الأول.

فإن قيل: إن كانت الدراهم والدنانير أجريتا مجرىٰ الجنس الواحد فيما ذكرتموه، فقد أُجرِيَتا مجرىٰ الجنسين في جواز التفاضل، فهلّا اعتبرتم ذلك؟

قلنا: إذا أجريا مجرىٰ الجنس في حكم، ومجرىٰ الجنسين في حكم كان اعتبار ما يوجب الحظر أولىٰ.

قال: ولا يجوز أن يشتري ذلك وكيل للبائع، ولا مضارب ولا شريك في تلك التجارة، ولا مدبر للبائع ولا مكاتب ولا عبد ولا مأذون له في التجارة؛ وذلك لأن شراء هؤلاء يقع للبائع، فكأنه اشتراه بنفسه.

قال: وإن اشتراه والد البائع أو ولده أو من لا يجوز شهادته له، لم يجز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: ذلك جائز.

لأبي حنيفة: إن ملك هؤلاء قد أجري مجرىٰ ملكه؛ لامتناع [شهادتهم له، و](1) شهادته لهم، فكما لا يجوز أن يشتريه لنفسه، [كذلك] لا يجوز أن يشتريه من لا تجوز شهادته له.

وجه قولهما: أن ملك هؤلاء متميز عن ملكه، فصار كالأجانب.

قال: وكذلك لا يجوز للمولىٰ أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه؛ لأن أملاك هؤلاء غير متميزة عن ملكه، فصار ما باعوه كما باعه هو.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب.

وقد قال أبو حنيفة: ولو وكَّل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الأول فاشتراه، فالشراء جائز، وقال أبو يوسف: الشراء لازم للوكيل ولا يلزم المُوَكِّل، وقال محمد: الشراء يلزم الوكيل[1] شراءً فاسداً، وهذه مبنية على اختلافهم في توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر.

وجه البناء: أن الشراء يتعلق حقوقه بالوكيل وينتقل المبيع إليه، وإنما يملكه الموكل من طرف الحكم، وهذا غير ممنوع منه، كما لو مات المشتري فورثه البائع. وأبو يوسف يقول ما لا يجوز له أن يشتريه لا يصح أمره بشرائه، فيصير المشتري مشترياً بغير وكالة، فيلزمه المبيع دون الموكل، وأما محمد فقد فرق بين هذه المسألة وبين الخمر فقال: الموكل لو اشترىٰ الخمر لم يملكها، فكذلك وكيله إذا اشترىٰ [له.

وفي مسألتنا: الموكل لو اشترىٰ ملك المشتري ملكًا فاسدًا، فكذلك وكيله إذا اشترىٰ له][2].

قال: ومن باع لغيره بوكالة ثم اشتراه لنفسه بأقلّ، لم يجز؛ لأن [حقوق العقد][3] تتعلق به فصار كأنه باع لنفسه، وإن قبض الثمنَ ثم اشترىٰ بأقل جاز؛ لأنه استوفىٰ حقوق العقد الأول، فلم يعتبر أحكامه في الثاني؛ ولأن القياس أن يجوز الشراء بكل حال، وإنما تركوا القياس إذا لم يقبض الثمن للخبر، فإذا قبض فهو علىٰ أصل القياس، وكذلك لو حدث بالسلعة عيب؛ لأن النقصان يجعل في

---

(١) في أ (الموكل).

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٣) في ب (الحقوق) والمثبت من أ.

مقابلة العيب الحادث، ولا يتبين أنه اشترىٰ بنقصان مما باع. وكذلك لو خرجت السلعة من ملك المشتري فاشتراها من المالك الثاني جاز، إلّا أن يكون وارثاً؛ لأن اختلاف الملكين كاختلاف العينين، فكما يجوز أن يشتري عيناً أخرىٰ بأقل، فكذلك يجوز أن يشتري تلك العين من مالك آخر بأقل، فأما إذا مات المشتري فاشتراها البائع من وارثه بأقل لم يجز؛ لأن الوارث يملكها علىٰ حكم ملك الميت، بدلالة أنه يردها علىٰ بائعها بالعيب، فصار الشراء من الوارث كالشراء من المورّث.

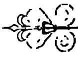
قال: وإن باع المشتري السلعة فعادت إليه بملك مستأنف جاز للبائع أن يشتريها بأقلّ مما بَيَّنَّا أن اختلاف الملكين كاختلاف العينين، فإن عادت إليه علىٰ حكم الملك الأول لم يجز؛ لأن الملك الأول لما عاد عادت حقوقه[1] أيضاً.

قال: ولا يجوز أن يبيع سلعة بألفٍ حالٍّ ثم يشتريها بذلك الثمن إلىٰ أجل، ولا أن يبيعها بأجل ثم يشتريها بأجل أكثر من ذلك؛ لأن الأجل نقصان من طريق المعنىٰ، فصار كالنقصان في القدر. والله ﷻ أعلم[2].



(١) في أ (عاد بحقوقه).

(٢) انظر بالتفصيل: مختصر اختلاف العلماء ٣/١١٣ ـ ١١٦.




بَابُ
المبيع يجنى عليه قبل القبض



قال أبو الحسن: وإذا اشترىٰ الرجل جارية فلم يقبضها حتىٰ جنىٰ عليها المشتري جناية ينقصها، فهو لها قابض بذلك؛ وذلك لأنه استوفىٰ الجزء التالف بالمباشرة، وثبتت يده علىٰ بقيتها من طريق الحكم.

ألا ترىٰ أن الإنسان لا يتمكن من الجناية إلا بعد ثبوت يده [عليه]، وثبوت اليد علىٰ المبيع قبض، فإن ماتت في يد البائع من تلك الجناية وقد منعه البائع أو لم يمنعه ماتت من مال المشتري؛ لأن التالف بالسراية في حكم التالف بالمباشرة، ومعلوم أن البائع لو منع الجارية فأتلفها المشتري كانت من ضمانه، فكذلك إذا تلفت بالسِّراية من جنايته.

وإن ماتت من غير الجناية فإن كان البائع لم يمنعه فهي من مال المشتري، وإن كان منعه لزم المشتري حصة العيب وبطل عنه ما بقي؛ وذلك لأن البائع إذا لم يمنع فحكم القبض بحاله، وتلف المبيع بعد القبض من ضمان المشتري وإن لم يكن بفعله، وأما إذا منع البائع فقد فسخ قبض المشتري، وله حق الفسخ ما لم يستوفِ الثمن، فصار الهلاك في يد البائع فهو من ضمانه.

قال: وما كان من الجنايات له قدر من دية الحر معلوم، فهو مثل ذلك من قيمة العبد؛ وذلك لأن القيمة بدل عن رقبة العبد، كالدية التي هي بدل عن رقبة

الحر ، فما قدّر[١] من الأعضاء بجزء من الدية ، فكذلك يتقدر بجزء من القيمة ، فأما إذا قطع المشتري يده لزمه نصف الثمن ؛ لأن اليد من الحُرِّ يجب فيها نصف الدية ، فمن العبد مقدر بنصف بدله[٢] ، وإن منع البائع فمات من غير الجناية ، بطل عن المشتري نصف الثمن ولزمه نصفه ، لما قدمنا .

فإن كان البائع جنىٰ علىٰ العبد أول مرة ، بطل من الثمن بقدر ذلك ، وخُيِّرَ المشتري ، وهذا علىٰ ما بينا ؛ لأن البائع لا يجوز أن يلزمه قيمة ما أتلف من المبيع قبل القبض ، لأنه لو وجب ذلك لوجب تسليمه [بعقد البيع] ، وما وجب تسليمه بعقد البيع فهو مبيع ، والقيمة لا تجوز أن تكون مبيعاً في الذمة .

وقد قال الشافعي : إن البائع إذا أتلف المبيع وجب عليه القيمة .

وهذا غلط ؛ لأنها جناية من البائع قبل القبض كالجناية في المجلس ، وإنما [يثبت][٣] الخيار للمشتري ؛ لأن العيب [قد لحق][٤] المبيع قبل القبض .

قال : فإن اختار المشتري أخذه فلم يقبضه حتىٰ مات من الجناية أو غيرها ، مات من مال البائع وبطل الثمن عن المشتري ؛ لأنه تلف قبل القبض ، وفوات القبض في المبيع يوجب فسخ العقد .

قال : فإن قبضه المشتري فمات في يده من جناية البائع أو غيرها ، سقطت عنه حصة جناية البائع ، ولزمه ما بقي من الثمن ؛ وذلك لأن قبض المشتري مع

---

(١) في أ (يتقدر) .
(٢) في أ (يده) .
(٣) في ج (ثلث) والمثبت من أ .
(٤) في ج (لحق) والمثبت من أ .

علمه بالجناية مسقط لسرايتها.

ألا ترىٰ أن القبض يقع به التمليك فصار كالعقد، ومعلوم أن العقد علىٰ المجني عليه يسقط سراية الجناية عن الجاني، فكذلك القبض يسقط السراية الحاصلة بجناية البائع أيضاً، وليس هذا كما لو جنىٰ المشتري ثم منعه البائع فمات من جناية المشتري؛ لأن قبض البائع لا يملك به شيء فلا تسقط [به] السراية.

قال: فإن جنىٰ عليه المشتري بعد جناية [البائع] كان المشتري قابضاً لما بقي ولزمه ثمن ما بقي، ولا خيار له؛ لما بينا أن الجناية قبض للجزء الفائت بالمباشرة والباقي من طريق الحكم، وفي قبض العبد المجني عليه يسقط خياره فيه.

قال: فإن [بدأ][1] المشتري فجنىٰ ثم جنىٰ البائع ولم يقبض البائع الثمن فالمشتري بالخيار: إن شاء قبض وأعطىٰ البائع حصة جنايته وحصة ما قبض ويسقط عنه حصة جناية البائع، وإن شاء ترك؛ لأن المشتري لما جنىٰ فقد قبض جزءاً بالمباشرة وصار قابضاً لما بقي من طريق الحكم، فلما جنىٰ البائع فقد فسخ قبض المشتري، وله ذلك ما لم يستوفِ الثمن، فصارت هذه الجناية عيباً بالمبيع قبل القبض، فيثبت للمشتري الخيار.

قال: فإن مات العبد في يد البائع [بعد] الجنايتين جميعاً، فعلىٰ المشتري خمسة أثمان الثمن، وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن؛ وذلك لأن المشتري لما قطع يده صار مستوفياً للنصف، فلما قطع البائع رجله صار مستوفياً لنصف ما بقي،

---

(١) في ب (بدل) والمثبت من أ.

فإذا تلف العبد من الجنايتين كانت السراية عليهما نصفين فيحتاج إلىٰ عدد له ربع ، [ولربعه][1] نصف ، (وأقل ذلك ثمانية)[2] ، فاجعل العبد ثمانية أسهم ، استوفىٰ المشتري بقطع اليد أربعة ، والباقي بقطع الرجل سهمان وبقي سهمان تلفا بالسرايتين ، فكان علىٰ كل واحد منهما سهم ، فلذلك لزم المشتري خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان.

قال: فإن برأ العبد من الجنايتين واختار أخذه لزمه ثلاثة أرباع الثمن (وبطل)[3] عنه الربع ؛ لأن نصف الثمن لزمه بالقطع وربع الثمن سقط بجناية البائع ، وبقي من العبد الربع ، فإذا اختار قبضه لزمه حصته وهي الربع مضافة إلىٰ النصف الذي لزمه بالقطع.

قال: فإن جنىٰ البائع أولاً ثم المشتري والمسألة علىٰ حالها فلا خيار للمشتري ، فإن مات العبد من الجنايتين لزم المشتري ثلاثة أثمان الثمن ، وبطل عنه خمسة أثمانه ، وإن برأ لزمه نصف الثمن ؛ وذلك لأن البائع لما قطع اليد أولاً انفسخ العقد في نصف العبد وثبت للمشتري الخيار ، فلما قطع الرِّجْلَ فقد أسقط خياره؛ لأنه قبض مع العلم بالعيب ولزمه ربع الثمن ، فلما مات العبد من الجنايتين انقسمت السراية عليهما ، فيلزم المشتري سهم بالسراية مضافاً إلىٰ ما لزمه بالقطع ؛ فلذلك لزمه ثلاثة أثمان.

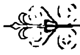
فإن قيل لما قطع المشتري الرِّجْلَ ، فقد صار قابضاً بعد [جناية] البائع ، وقد

---

(١) في ج (أربعة) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (وسقط).




قلتم أن قبض المشتري يسقط عن البائع حكم السراية، وقد ألزمتموه هاهنا السراية!؟.

والجواب: أن القبض في الحقيقة هو القبض الذي أوجبه البيع، وذلك القبض يملك به التصرف فتسقط السراية، فأما القبض بالجناية فليس هو القبض الذي أوجبه البيع، وإنما صار قبضاً من طريق الحكم، فلا يسقط حكم السراية، فإن جنىٰ علىٰ العبد أجنبي، لزمه من القيمة قدر نقصان الجناية، وكان المشتري بالخيار: إن شاء أخذه واتبع الجاني، وإن شاء ترك، وتصدق المشتري بما زاد من القيمة علىٰ الثمن إذا كان ما حكم به علىٰ الجاني من جنس الثمن، وإنما لزم الجاني الأرش؛ لأنه جنىٰ علىٰ ملك غيره، والجناية علىٰ ملك الغير مضمونة، وإنما جاز أن يبقىٰ البيع؛ لأن هذه القيمة لا يجب تسليمها بعقد البيع.

ألا ترىٰ أنَّا لو قدرنا ارتفاع العيب[1] وجبت أيضاً، وإنما يثبت للمشتري الخيار؛ لأن صفة المعقود عليه تغيرت فصارت دراهم بعد أن كانت لحماً ودماً، وإنما يتصدق المشتري بالفضل؛ لأنه ربح ما لم يكن في ضمانه وقد (نهىٰ النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن)[2].

قال: فإن جنىٰ المشتري ثم الأجنبي، لم يتصدق المشتري بشيء مما يأخذ من الجاني؛ وذلك لأنه لما ابتدأ بالجناية صار قابضاً للعبد، فإذا أخذ الأرش فقد[3] ربح فيما في ضمانه فلا يتصدق بشيء منه.

---

(١) في أ (البيع).

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه؛ والحاكم في المستدرك وصححه؛ والنسائي من طريق عطاء الخراساني كما أورده ابن الملقن في خلاصة البدر، ٢/٥٧؛ وابن حجر في الدراية، ٢/١٥١.

(٣) في أ (فهذا).

قال: ولو كان الثمن مقبوضاً والعبد في يد البائع، فجنى عليه البائع وحده.

فالجواب: فيما يسقط عن المشتري كما قدمنا؛ لأنه في ضمان البائع، وإن قبض الثمن فإذا جنى انفسخ البيع فيما جنى عليه.

قال: فإن كان المشتري هو الذي جنى أولاً ثم جنى البائع، لزم البائع من القيمة ما يلزم الأجنبي؛ لأن المشتري لما جنى أولاً فقد صار قابضاً، وليس للبائع فسخ قبضه؛ لأنه لم يبق له حق في الثمن، فصارت جنايته بعد القبض كجناية الأجنبي.

قال: ولو كان البائع جنى أولاً ثم جنى المشتري والثمن مقبوض، فما تلف بجناية البائع قبل جناية المشتري بطل فيه البيع، وما تلف بالسراية من جناية البائع بعد جناية المشتري فعلى البائع فيه القيمة؛ وذلك لأن البائع لما بدأ بالجناية انفسخ العقد فيما جنى فيه، فلما جنى المشتري صار قابضاً فما تلف بعد ذلك بسراية جناية البائع فقد تلف بعد القبض، وقد بينا أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبي، فكذلك سراية جنايته بعد القبض كسراية جناية الأجنبي، فيجب فيها القيمة. والله أعلم بالصواب وإليه المآب.



[بَابُ
الربا][1]



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: التفاضل في البيع يحرم بشيئين: الكيل مع الجنس، والوزن مع الجنس إلىٰ آخر الفصل.

قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وجملة ما يقال [في هذا] أن الربا في اللغة: عبارة عن الزيادة.

وفي الشرع: عبارة عن عَقدٍ فاسدٍ بصفة، سواء كان هناك زيادة أو لم يكن، ألا ترىٰ أن بيع الدراهم بالدراهم نسيئةً ربا، ولا زيادة هناك؛ ولهذا قال عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: إن آية الربا من آخر ما أنزل الله، وإن رسول الله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ قُبضَ قبل أن نسأله عنها، وهو رجل من أهل اللغة، فلو كان الاسم باقياً علىٰ ما كان عليه في اللغة لم يحتج إلىٰ تفسيره.

وتحريم الربا يثبت في الأشياء الستَّة: الذهب والفضة، والحنطة والشعير، والتمر والملح. أجمعت الصحابة علىٰ ذلك، إلَّا ابن عباس فإنه قال: يجوز التفاضل فيها ويحرم النسأ، والدليل علىٰ فسادِ قوله: ما روي عن عبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري، أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الذهبُ بالذهبِ مثلاً بمثل،

---

(١) هكذا في النسختين، ورد الحديث عن باب الربا مباشرة بعد تعريف البيع، ولم يتحدث عن بقية مسائل البيوع، وإنما ورد ذكر (باب اللفظ الذي يقع به البيع) بعد الحديث عن باب الربا، ثم باب السلم، أي بعد (٦٦) صفحة من المطبوعة، ومن ثَمَّ اضطررت لإعادة كتابة الأبواب والفصول للترتيب المعروف بين كتب الفقه، حتىٰ تعود الأبواب في مواقعها المعتادة في ترتيب أبواب الفقه.

وزناً بوزن، عيناً بعين، هاء وهاء، والفضل ربا، **والفضةُ بالفضةِ مثلاً بمثلٍ، وزناً بوزنٍ، عيناً بعينٍ، هاء وهاء، والفضلُ ربا، والبر بالبر، مثلاً بمثلٍ كيلاً بكيلٍ، يداً بيدٍ، عيناً بعينٍ، والفضلُ ربا**»[1]. إلىٰ أن ذكر بقية الأشياء الستة، فلا يخلو هذا الخبر إما أن يكون هذا من خبر الاستفاضة، كما يقول؛ لأن الأمة تلقته بالقبول وعملت بموجبه لأجله (أو يكون من أخبار الآحاد)[2] وأيهما كان فهو حجَّة؛ لأنَّ الصحابة أنكروا علىٰ ابن عباس هذا القول؛ لأنَّ أبا سعيد الخدري مشىٰ إليه وقال له: أصحبت رسول الله ﷺ ما لم نصحبه؟ أسمعت منه ما لم نسمع؟ قال: لا، قال: فو الله لا آواني وإياك ظل بيتٍ أبداً وأنت علىٰ هذا القول.

والواحد من الصحابة متىٰ انفرد بقول فأنكروا عليه ولم يسوِّغوا له الخلاف؛ لم [يعتد][3] بخلافه عليهم، ولو ثبت خلافه، فقد روىٰ جابر بن زيد أن ابن عباس لم يمت حتّىٰ نزل[4] عن قوله في الصَّرف والمُتعة، [وهذا بعدما قال له عليّ رضي الله عنه: إنك رجل تائه]، وإذا لم يخالفه غيره ثمّ رجع، فصارت المسألة إجماع الصحابة، ولو لم يثبت رجوعه فإن إجماع التابعين يسقط خلافه.

واحتجَّ ابن عباس، فقال: حدَّثني أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «لا ربا إلَّا في النسيئة»[5].

---

(١) أخرج مسلم بعض أجزاء حديث أبي سعيد الخدري، (١٥٨٤، ١٥٨٨)؛ وأحمد في المسند ٩٣/٣؛ وحديث عبادة أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٢٧٦/٥؛ والنسائي في المجتبىٰ (٤٥٦٣)؛ وأبو عوانة في المسند ٣٨٠/٣.

(٢) ما بين القوسين مقدمة في أ مع (إما أن يكون).

(٣) في ج (يقيد) والمثبت من أ.

(٤) في أ (ترك قوله).

(٥) أخرجه البخاري (٢٠٦٩)؛ ومسلم (١٥٩٦) وغيرهم.

وهذا الخبر لا يُعارِضُ خبرنا ؛ لأنَّه لم يَروه إلا واحدٌ ، وخَبرنا رواه أربعة ، وزيادة الروايات ترجيح ؛ ولأنَّ خبرنا يقتضي الحظر ، وخبرهم يقتضي الإباحة ، فكان خبرنا[(١)] أولىٰ ؛ ولأن تناوله يحتمل أن يكون ﷺ سُئل عن بيع الفضة بالذهب ، فقال: «لا ربا إلا في النسيئة» ، فسمع [أسامة][(٢)] الجواب العام ، ولم يسمع السؤال الخاص ، ولا يمكن تأويل خبرنا ، فكان ما ذهبنا إليه أولىٰ .

١٣٩٠ـ فَصْـل: [القياس في الربا علىٰ الأنواع الستة]

ثم اتَّفقت الأمة علىٰ أن الربا لا يختص بالأشياء الستة بل يتعداها إلىٰ غيرها قياساً عليها ، إلا عثمان [البتّي][(٣)] في المتقدِّمين ، وداود في المتأخرينَ ، والدليل علىٰ بطلان قولهما ؛ قوله ﷺ: «لا تبيعوا الصاع بالصاعين ولا الصاعين بالثلاثة»[(٤)] والمراد بذلك ما يدخل تحت الصاع وهذا عام في كل مكيل .

ورُويَ أن وكيله ﷺ بخيبر حمل إليه تمراً جيداً ، فقال له: «أكل تمر خيبر هكذا» ، قال: لا ، ولكنَّا نبيع الصاعين من الجمع بالصاع من هذا ، فقال: «لا تفعلوا ، ولكن بيعوا تمركم بثمن ، واشتروا به هذا»[(٥)] ، وكذلك الميزان ، وهذا عام في كل ما يوزن ، وهذه المسألة فرع علىٰ وجوب القول بالقياس ، وداود لما منع القياس جعل الحكم مقصوراً علىٰ ما ورد به النصُّ .

(١) في أ (الحظر).

(٢) في ج (الأمة) والمثبت من أ.

(٣) في ج (الذي) والمثبت من أ.

(٤) أخرجه البخاري بمعناه (٦٩١٨) ؛ ومسلم (١٥٩٣).

(٥) أخرجه البخاري بلفظ: (لا تفعل ، بع الجمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جنيبًا) ؛ ومسلم (١٥٩٣).

فأمَّا عثمان [البتي] فيقول بالقياس؛ إلَّا أنه يشترط وجوب إقامة الدليل في كل أصل يقاس عليه، وليس هذا قولنا، بل نقول: القياس يجب علىٰ كل أصل إلا أن يدل دليل علىٰ المنع منه، وليسَ هذا موضع الكلام في هذه المسألة.

فإن قيل: قال رسول الله ﷺ: «**خمسٌ يقتلهن المحرم في الحل والحرم**»(١) فلم تقيسوا عليها [غيرها، وذكرتم التحريم في الأشياء الستة، فقستم عليها غيرها، فما الفرق بينهما؟].

قيل له: القياس لا يجوز علىٰ الأصل إذا أدَّىٰ إلىٰ إبطالهِ، لأنا نقيس لنستفيد بالقياس الحكم في غير الأصل، ونَتَحَرّس الأصل، ورسول الله ﷺ حصر ذلك بعدد، والقياس عليه يؤدِّي إلىٰ إبطال الحصر، فلهذا لم نقس عليه، وفي مسألة الربا، لم يقل [الربا] في ستَّة أشياء، حتىٰ يكون القياس عليه مؤدِّياً إلىٰ إبطال أصله؛ فلهذا جاز القياس عليه.

١٣٩١ ـ فَصْل: [علة تحريم الربا]

فأمَّا العِلَّة التي يتعلّق بها تحريم التفاضل: فهي الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس، والعلة التي يتعلق بها فسادُ البيع عند وجود التفاضِل عدمُ العلم بالمماثلة من [طريق](٢) الكيل أو الوزن مع الجنس.

وقال مالك: الاقتيات والادخار مع الجنس، وقال ابن سيرين: تقارب المنافع [مع الجنس]، وقال الشافعي: الأكل مع الجنس، وربما [قال]: الطعم

(١) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٣٨١٢)؛ وأحمد في المسند ٦/٢٠٣؛ وأبو عوانة في المسند ٢/٤٠٧؛ وعبد الرزاق في المصنف ٤/٤٤٤؛ وأبو داود في المراسيل، الدراية ٢/٤٢.

(٢) في ج (طهر) والمثبت من أ.




مع الجنس، وفي الذهب والفضة كونهما ثمناً[1].

والدليل على صحّة علتنا: أنهم أجمعوا أن الكيل أو الوزن له تعلق بالحكم، ألا ترى أن من أثبت الربا بغير هذه العلة يقول: إن جواز العقد موقوف على التساوي في الكيل أو الوزن دونَ غيرهما، وتعليق الحكم على ما أجمعوا أنَّ له به تعلّقاً أولى من تعليقه على ما اختلفوا في تعلقه به.

وأما علّتهم فتبطل بمسألة العرايا[2]؛ لأن البيع جائز عندهم مع وجود الطعم، [وعدم][3] المماثلة من طريق الكيل، ويبطل ببيع الشاة بالشاتين؛ لأنها مأكولة، وقد جاز[4] التفاضل بها.

فإن قالوا: إن الأكل [لا يتأتى] فيها إلا بعدَ فعل حادث، يبطل بالملح وبالحنطة؛ لأنهما ليسا بمأكول في العادة إلا بعد فعل حادث.

والدليل على صحة حُكمنا: وهو ثبوت الربا في المكيل الذي لايؤكل قوله ﷺ: «**لا تبيعوا الصاع بالصاعين**».

والمراد به: ما يدخل تحت الصاع وهذا عام في كل مكيل.

وقال في قصة تمر خيبر: (بيعوا تمركم هذا بثمن واشتروا به هذا) وكذلك الميزان، وهذا عام في كل ما يوزن.

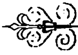
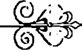
---

(١) انظر: المهذب ٥٩/٣؛ رحمة الأمة ص١١٠.

(٢) «العَريَّة: وهي النخلة يُعْرِيها صاحبها رجلاً محتاجاً أي: يجعل له ثمرتها عامها؛ لأنها يؤتى للاختباء» المغرب (عرو).

(٣) في ج (وعلة من) والمثبت من أ.

(٤) في أ (كان).

والدليل على إبطال حكمهم: وهو أن المأكول الذي لا يكال ولا يوزن فيه الربا عندهم، أن الفرع يقاس بالأصل ليلحق به في حكمه على الوجه الذي يثبت [به] الحكم في الأصل، ومعلوم أن النبي ﷺ علق الحكم في الأصل بجواز العقد عند التساوي في الكيل أو الوزن، وبطلانه عند عدم ذلك، وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يكال ولا يوزن، فلا يمكن إلحاقه [٩٨/أ] به، ولأن النبي ﷺ ذكر الأشياء الستة، وبيّن جواز العقد عليها عند صفة، وفساده عند صفة أخرى، فلا يمكن إلحاق فرع به، ولا طريق إلى صحة العقد فيه بحال.

فأما الدليل على صحة علتنا في الموزونات: فحديث خيبر، وما ذكرنا أنهم أجمعوا أن للوزن تعلقا بالحكم، وعلتهم باطلة؛ لأنها لا تتعدى أصلها فلا يستفاد بها.

فائدة: وأما احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾ [آل عمران: ١٣٠] فهذا يدل على أن الربا إنما يثبت فيما يؤكل فليس بصحيح؛ لأنه قال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ أَمۡوَٰلَ ٱلۡيَتَٰمَىٰ ظُلۡمًا﴾ [النساء: ١٠]، ولم يدل ذلك على تخصيص التحريم بالمأكول.

واحتجاجهم (**بنهيه ﷺ عن بيع الطعام بالطعام**) لا يصح؛ لأن إطلاق الطعام يتناول الحنطة دون غيرها.

وقولهم إن الحكم يوجد بوجود علتنا، ويعدم بعدمها، يبطل بالعرايا بل نقول إن الحكم يوجد بوجود علتنا، ويعدم بعدمها.

وقولهم إن علتكم تعود على أصلها بالتخصيص، لا يصح؛ لأن النبي ﷺ

لما قال: (**الطعام بالطعام مِثلا بمثلٍ كيلاً بكيل**)[1] لم يتناول لفظه إلا ما يصح أن يكال، ثم لو كان اللفظ عاماً لم يكن التخصيصُ بهذه العلة، وإنما نخصه بعلة أخرىٰ منتزعة من الثياب فلم تكن هذه مخصَّصة [لأصلها][2].

١٣٩٢ ـ فَصْل: [بيع التمرة بالتمرتين]

وعلىٰ هذا الأصل قال أصحابنا: بجواز بيع التمرة بالتمرتين، والحبة بالحبتين، وقال الشافعي: لا يجوز[3].

وقد بينا أن العلة هي الكيل، فما لا يتأتىٰ فيه الكيل لا يثبت فيه التحريم؛ ولأن التمرة والتمرتين تباع عدداً في العادة، فصار كالثياب.

وما يحتجون به أن النبي ﷺ قال: (**لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثلٍ**) خبر لا يعرف، ولا ذكره أحد في كتاب مسنداً، وإنما المروي: (**الطعام بالطعام مثلاً بمثلٍ كيلاً بكيلٍ**)، وهذا لا يتناول إلا ما يكال منه دون ما لا يكال.

١٣٩٣ ـ فَصْل: [العلة التي تتعلق بها الربا]

وإذا ثبت أن العلة التي تتعلق بها الربا ذات وصفين علىٰ ما بينا، فمتىٰ وُجِدا جميعاً، حرم التفاضل والنَّساء، وهذا خلاف ابن عباس، وقد دللنا عليه، وإذا عدما جميعًا حلّ التفاضل والنَّساء لقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأن التحريم [٩٧/ب] مأخوذ من النص ومن عِلّة النص، فما

(١) أخرجه مسلم (١٥٩٢) وغيره من أصحاب السنن.

(٢) في ج (لا مثلها) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٥؛ المزني ٧٦.

لم يوجد فيه نصّ ولا علته فهو علىٰ أصل الإباحة، وإن عُدم الجنس ووجد المعنىٰ المضموم إليه، حلّ التفاضل وحرم النَّساء لقوله ﷺ: (**إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد**[1] **ولا خير فيه نسيئة**)، وهذا أصل جارٍ إلا في مسألة واحدة، وهو: استحسان في الدراهم إذا أسلمها في الموزونات جاز ذلك، مع وجود الوزن.

فمن أصحابنا من قال: تحريم النَّساء يتعلق باتفاق الوزن علىٰ صفة واحدة، والزعفران يوزن وزن القَبَّان، والدراهم توزن وزن الميزان، فلم يتفقا [في الوزن] علىٰ صفة.

ومنهم من قال: القياس أن لا يجوز، وإنما تركوا القياس بالإجماع.

وتخصيص العلة عندنا جائز في الشرعيات؛ ولأن الحاجة تدعو إلىٰ السَّلَم في الموزونات، وغالب الأثمان الدراهم والدنانير، ولو لم يجز سلفها في الموزونات ضاق علىٰ الناس، فجوّزوا ذلك للضرورة.

١٣٩٤ - فَصْل: [وجود الجنس مع عدم المعنىٰ المضموم إليه]

وأما إذا وُجد الجنس وعُدِم المعنىٰ المضموم إليه، مثل الهَرَوِيُّ بالهَرَوِيِّ والمَرْوِيُّ بالمَرْوِيِّ[2]، فإن النَّساء لا يجوز عندنا، وقال الشافعي: يجوز[3].

والدليل عليه: أنه وُجد أحد وصفي علة الربا، فكان له تأثير في المنع من

(١) أخرجه مسلم بلفظ (الأصناف)، ومن غير زيادة: (ولا نسيئة) (١٥٨٧) وغيره.

(٢) «هَرَويٌّ بالتحريك، ومَرْويٌّ بالسكون: منسوب إلىٰ (هَرَاة) و(مَرْو): قريتان معروفتان بخراسان. المغرب (هرو).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٧٦؛ المهذب ٣/٦٥.

النسأ، كالمعنىٰ المضموم إلىٰ الجنس؛ ولأن تجويز النسأ في الجنس يؤدي إلىٰ أكل المال[1] بالباطل؛ لأنه يسلم ثوبين مرويين في ثوب علىٰ صفتهما، فيأخذهما المسلَم إليه، ويرد أحدهما عند الأجل، ويبقي الآخر في يده بغير عوض، وهذا أكل مالٍ بالباطل.

١٣٩٥ ـ فَصْل: [الاختلاف في جنس الأشياء]

وقد قال أصحابنا: إن الحنطة والشعير جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً. وقال مالك: هما جنس واحد[2].

والدليل عليه: أن النبي ﷺ أفرد الشعير بالذكر عن الحنطة، ثم قال: (**وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم**)، فالظاهر أن المراد به اختلاف ما تقدم، فدلَّ علىٰ جواز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً؛ ولأنهما مختلفان في اسمهما وصفتهما، والمقصود من كل واحدٍ منهما، فصارا كسائر الأجناس المختلفة.

وقد ذكر أبو الحسن في هذا الباب: بيان الأجناس المختلفة، وما ذكره ظاهر، ونحن نضم إليه ما لم يذكره.

منها: ثمار النخل كلها جنس واحد، لا يجوز فيه التفاضل لقوله عليه السلام: (**والتمر بالتمر مثلاً بمثلٍ**) وهو عام، فأما بقية الثمار فثمرة كل نوع من الشجر جنس مخالف لثمرة النوع الآخر.

والكُرُوم كلها جنس واحد، والكُمَّثْرَىٰ جنس واحد وإن اختلفا، والتفاح

(١) في أ (أكل مال الناس).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/٣٠٧؛ المدونة ٤/١٠٢.

جنس، ويجوز بيع الكمثرىٰ بالتفاح متفاضلاً، لأنهما جنسان، والحديد والرَّصَاص والصُّفْر كل واحد منهما جنس لا يجوز التفاضل فيه، ويجوز بيعه بالآخر متفاضلاً، فأما اللحمان فأصولها معتبرة، فالبقر والجواميس جنس واحد ولحمانها جنس واحد، لا يجوز التفاضل فيها، والإبل جنس واحد بخاتيها وعِرابها، وكذلك لحمها، والغنم جنس واحد ضأنها ومعزها لا يجوز التفاضل فيها، ويجوز بيع كل واحد منها بالآخر متفاضلاً.

وقال الشافعي: كلها جنس واحد[١].

والدليل عليه: أن أصولها أجناس، فما يتولد منها أجناس كالأولاد، والألية واللحم جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، (وشحم البطن والألية جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً)[٢]، وشحم الجَنْب لا يجوز بيعه باللحم متفاضلاً؛ لأنه لحم، ويجوز بيعه بالألية وشحم البطن متفاضلاً.

والقطن والكتان جنسان يباع أحدهما بالآخر متفاضلاً.

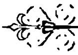
والمُشَاقَّةُ[٣] والكتان جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، وغزل القطن وغزل الكتان وغزل الصوف وغزل الشعر أجناس، يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً، ولا يجوز بيع كل واحد منهما بصاحبه متفاضلاً، ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساوياً؛ لأن القطن ينقص إذا غزل، فهو كالدقيق بالحنطة.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٦؛ المزني ص٧٨.

(٢) ساقطة من أ.

(٣) «والمُشاقَّةُ من الشَّق، وشقت السَّفْرَة أيضًا، وهي شُقَّة شاقّة إذا كانت بعيدة».
«والشُّقَّة من الثِّياب، والجمع شُقق...، وحقيقته: أن يأتي كلٌّ منها ما يَشق علىٰ صاحبه، فيكون كل منهما في شق غير شق صاحبه». المصباح (شقق).




وقال بشر عن أبي يوسف: في لحم الطير أنه يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً، وإن كان من نوع واحد؛ قال: لأنه لا يوزن في العادة، وأما الأدهان: فالخلّ والزيت [٩٨/ب] جنسان، يجوز التفاضل بينهما، وكذلك إذا اختلف ما يطيّب بالدهن، جعله جنسين وإن كان أصله واحدًا، فيجوز التفاضل فيه، وقالوا: يجوز بيع دهن البنفسج بدهن الخيري اثنان بواحد؛ لأن المقاصد فيهما تختلف.

وقالوا: يجوز بيع قفيز(١) سمسم مُربىً بقفيزين سمسم غير مربىً، وجعلوا الرائحة التي فيها بإزاء الزيادة، وقالوا: لا يجوز بيع رطل من زيت غير مطبوخ برطل زيت مطبوخ مطيّب؛ لأن الرائحة زيادة، فكأنه باع زيتاً بزيت وفضلٍ.

قال أبو يوسف: اللهم إلا أن تكون الرائحة التي تطبخ بها تزيد في وزنه، حتى لو خلص نقص، فيجوز بيعه مَنًّا بمَنَّيْنِ وزيادة، فيكون الزيت المطيب بمثله من الزيت، والزيادة بزيادة الرائحة.

وقالوا: يجوز [أن] يبيع مَنًّا من دهن الخل بِمَنٍّ من دهن البنفسج، وفرقوا بينه وبين الزيت المطيّب؛ لأن دهن الخل لا يصير بنفسجاً أبداً، والزيت الذي لم يطبخ يصير مثل المطبوخ(٢) إن طبخ، فأما الثياب فإنها تتجنس بأصولها وبصفاتها، فالمروي جنس غير الهروي، والمروي الذي ينسج ببغداد جنس غير الذي ينسج بخراسان، وإن جمعهما الاسم لاختلاف الصفة(٣).



(١) القفيز: مكيال كان يكال به قديماً، ويختلف مقداره في البلاد، ويعادل بالتقدير المصري الحديث «نحو ستة عشر كيلو جراماً». المعجم الوجيز (قفز).

(٢) في أ (والزيت لو طبخ يصير مثل المطبوخ).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/١٧ وما بعدها؛ القدوري ص ١٨٥.

[٣٧] بَابُ
السَّلَم



قال أبو الحسن رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أسلم ما يكال فيما يوزن، وما يوزن فيما يكال، ولا يسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزن فيما يوزن، وقد بيّنا حكم هذه الجملة، وبينا أن كل واحد من وصفي علة الربا تؤثر في النسأ.

قال أبو الحسن: والسَّلَم[١] يصح بشرائط سبعة عند أبي حنيفة إلىٰ آخر ما ذكر.

قال الشيخ: السَّلَم في اللغة: عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين، وتأخير البدل الآخر، وَهو من نوع عقد البيع، إلا أنه لما اختص بحكم ـ وهو تعجيل قبض رأس المال ـ اختص باسم، كما أن الصرف من نوع البيع، فلما اختص بوجوب التقابض في بدليه اختص باسم.

والدليل علىٰ أن السَّلَم يُسمىٰ بيعًا: أن الصحابة رووا «**أن النبي عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان**[٢] **ورخَّصَ في السَّلَم**»، وإنما قال ذلك رسول الله ﷺ

---

(١) «والسَّلَم لغة: السلف، وشرعًا: أَخذ عاجل بآجل». أنيس الفقهاء ص٢١٨.
«وركنه: ركن البيع، ويسمىٰ صاحب الثمن: رب السلم، والآخر: المسلم إليه، والمبيع: المسلَّم فيه». اللباب ص٢٨٠.

(٢) حديث: (لا تبع ما ليس عندك) أخرجه أبو داود من حديث حكيم بن حزام (٣٥٠٣)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٦٢٠٦)؛ وابن ماجه (٢١٨٧)؛ ولم يرد بهذا اللفظ كما قال ابن حجر في الدراية ١٥٩/٢؛ والترمذي (١٢٣٢)؛ وغيرهم.

في حالين، فلما خافوا أن ينقلوا العموم دون ما أوجب التخصيص جمعوا بين اللفظين.

والدليل على جواز السلم: ما روي أن النبي ﷺ قال: «**من أسلم فلْيُسْلِم في كيل معلوم أو وزن معلوم**»(١)، وأسلم رسول الله ﷺ إلى زيد بن سَعنة في تمر.

١٣٩٦ - [فَصْل: شرائط صحة السلم]

والسلم يصح عند أبي حنيفة بذكر شرائط سبعة: جنس معلوم كقولنا تمر، ونوع معلوم كقولنا بَرْني، وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء، وقدر معلوم كقولنا قفيز أو مَنّ، وأجل معلوم كقولنا شهر أو سنة، ومعرفة قدر رأس المال، إذا كان مما يتعلق العقد على قدره [مثل](٢) المكيلات والموزونات والمعدودات. فإن كان مما لا يتعلق العقد على قدره مثل الثياب، اعتبر معرفة عينه وبيان المكان الذي يقبض فيه [٩٩/أ] المسلم(٣) فيه، إذا كان مما له حمل ومؤونة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان رأس المال عينًا مشارًا إليها، لم يحتج إلى معرفة قدره ولا يحتاج إلى تسمية المكان، ويسلمه في مكان العقد، وهذه الشرائط ليست التي يصح العقد بها [فإن العقد يحتاج إلى مسائل كثيرة في صحته]، وإنما هي التي يحتاج إلى ذكرها، ولهذا لم يشترط فيها قبض رأس المال في المجلس.

(١) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ٤/٦٣؛ وروى البخاري بلفظ (من أسلف...) (٢١٢٥).
(٢) في ج (في) والمثبت من أ.
(٣) في أ (السَّلَمُ).

والأصل في اعتبار الشرائط قوله ﷺ: «**من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلىٰ أجل معلوم**» فاعتبر ﷺ معرفة القدر ؛ لأن جهالته تؤدي إلىٰ جهالة المقبوض ، وكل ما أدىٰ جهالته إلىٰ جهالة المقبوض وجب ذكره قياساً علىٰ القدر ، وذَكَرَ الأجل المعلوم ؛ لأن جهالته تؤدي إلىٰ جهالة القبض .

وكلّ جهالةٍ في القبض وجب نفيها قياساً علىٰ الأجل المعلوم ، وإذا ثبت هذا قلنا: لا بد من ذكر الجنس ليصير المقبوض معلوماً ؛ لأنه لو قال أسلمت إليك في شيء ، فقال أحدهما: هو الحنطة ، وقال الآخر: هو الشعير ، فصار المقبوض مجهولاً ، وكذلك النوع ؛ لأنه إذا قال: أسلمت في تمر ، فقال أحدهما: هو بَرني ، وقال الآخر: شهري ، وكذلك الصفة ؛ لأنه إذا قال: تمر برني ، جاز ، لأن قول أحدهما جيد والآخر رديء .

فأما المقدار فقد نص رسول الله ﷺ علىٰ وجوب معرفته .

فأما الأجل فعندنا هو شرط في المسلم فيه ، وقال الشافعي: إذا أسلم في الموجود جاز حالاً ومؤجلاً ، وإن أسلم في معدوم لم يكن[1] بد من الأجل[2] .

والدليل علىٰ اعتبار الأجل حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار العام والعامين فقال: «**أسلموا في كيل معلوم أو وزن معلوم إلىٰ أجل معلوم**» فشرط الأجل ، ذكر هذا اللفظ الطحاوي في الاختلاف .

ولا يقال إن السلم ليس بواجب ، فكيف يجب تأجيله ؛ لأن ما لا يجب إذا فعله الإنسان لزمه بشرائطه ، كما تجب الطهارة لصلاة النافلة ، ولأن جهالة الأجل

(١) في أ (لابدَّ من الأجل) .
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٨٦ ؛ الأم ٣/٩٥ .




تفسد العقد، فكان ذكره شرطاً كالقدر، ولأن التأجيل أحد صفتي الدين، فوجب أن يكون شرطاً في أحد بدلي السَّلَم كالحلول.

وقول الشافعي: إذا جاز السلم مؤجلاً فجوازه حالاً أولىٰ؛ لأنه أبعد من الغرر، وهذا يبطل علىٰ أصله بالكتابة، ولأنا لم نجوّزه في المؤجل لبعده من الغرر، حتىٰ يكون ما هو أبعد منه أولىٰ، وطريق الأولىٰ يستعمل في شيئين اشتركا [٩٩/ب] في علة واحدة، ولأحدهما مَزِيّة علىٰ الآخر.

١٣٩٧ - [فَصْل: أقل أجل السلم]

حكىٰ الطحاوي عن ابن أبي عمران أنه كان يذكر من مذهب أصحابنا: أن الأجل في السلم لا يكون أقل من ثلاثة أيام؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد كالخيار، وقد روي عنهم أيضًا خلاف ذلك وقالوا: لو شرط نصف يوم جاز؛ لأن الثلاثة ليس أدنىٰ مدة الخيار، وإنما هي أقصاها، وأدنىٰ مدة الخيار لا يتقدر، فكذلك أدنىٰ الأجل لا يتقدر.

١٣٩٨ - [فَصْل: اعتبار قدر رأس المال]

وأما الدليل علىٰ وجوب اعتبار قدر رأس المال وإن كان معيناً؛ فلأنه أحد بدلي عقد السلم، فكان معرفة قدر ما يتعلق العقد علىٰ قدره شرطاً كالمسلم فيه؛ ولأن ترك معرفة المقدار تؤدي إلىٰ جهالة المقبوض في الثاني؛ لأنه إذا أسلم كفاً من دراهم فوجد بعضها زيوفاً، ردّه وانفسخ العقد فيه، ولم يعلم مقداره من رأس المال، وكل جهالة يجوز أن تطرأ علىٰ عقد السلم، ويمكن نفيها عن العقد، فنفيها واجب كالسلم بمكيال بعينه، وليس كذلك إذا كان رأس المال ثوباً؛ لأن قدره ليس بمعقود عليه، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ ثوباً علىٰ أنه عشرة أذرع، فوجده أحد

عشر، سلّم له، ولو كان القدر معقوداً عليه لم يستحق الزيادة كالدراهم، ومعرفة ما ليس بمعقود عليه لا يعتبر كمعرفة القيمة. [٩٩/ب]

وجه قولهما: أن البدل المعتبر[1] لا يفتقر العقد إلىٰ معرفة قدره كالبدل في البيع.

١٣٩٩ - فَصْل: [دليل وجوب ذكر مكان القبض]

وأما الدليل علىٰ وجوب ذكر المكان الذي يقبض فيه؛ فلأن المعقود عليه، يختلف باختلاف الأماكن لما يلزم عليه من الحمل والمؤونة، فصار مجهولاً بجهالة مكان قبضه، فلم يكن بد من ذكره، وهذا المعنىٰ متفق عليه إلا أنهما قالا: مكان العقد مكان التسليم.

والدليل علىٰ بطلان ذلك: أن من باع حنطة في السواد لم يجب تسليمها في البلد، ولو كان التسليم في مكان العقد من مقتضىٰ العقد لم يختلف، ولأنه لو كان من موجب العقد لم يجز نفيه عن العقد بالشرط كسائر موجبات العقود، فلما جاز أن يشترط التسليم في غير مكان العقد، دل علىٰ أنه ليس من موجب العقد.

ولا يقال أن نقد البلد يُنفىٰ بالشرط وإن كان من موجب العقد؛ فإن ذلك يثبت بالعادة، فأما بموجب العقد فلا.

ولا يقال: إن العقد يقتضي الملك ثم ينفىٰ بشرط الخيار؛ لأن القياس يمنع ذلك، وإنما عدلنا عن القياس للخبر.

ولا يقال: إن موجب العقد حلول الثمن وينفي بشرط التأجيل؛ لأن العقد

(١) في أ (المعين).

الذي ثمنه مؤجل غير العقد الذي ثمنه حال، فكان كل واحد من العقدين غير الآخر.

ولا يقال: إن موجب النكاح مهر المثل ويُنفىٰ بالتسمية؛ لأنّ النكاح لا يبطل بنفي موجبه.

وجه قولهما: أن المعقود عليه ملك في هذا المكان فتسليمه يجب فيه كما أن من اشترىٰ حنطة في السواد وجب تسليمها فيه؛ لأنها ملكت في ذلك المكان.

١٤٠٠ـ **فَصْل: [مكان تسليم ما لا حمل ولا مؤونة له]**

وأما ما لا حمل له ولا مؤونة: فالصحيح عند أبي حنيفة أنه يسلم حيث لقيه؛ لأنه لا يختلف باختلاف الأماكن لأجل الحمل، وإنما يختلف لرغبة الناس في مكان دون مكان، فصار كالأثمان، وقد روي عن أبي حنيفة: أنه يسلمه في مكان العقد وهو قولهما؛ لأنه مَلَكَ في ذلك المكان فتسليمه[1] فيه.

١٤٠١ـ **مَسْأَلة: [قبض رأس المال في السلم]**

قال أبو الحسن: وإذا وقع السلم لم يجز أن يفترقا من غير قبض رأس المال عيناً كان أو ديناً، فإن افترقا قبل قبضه بطل السلم [عندنا].

قال [الشيخ]: قبض رأس المال في المجلس شرط في صحة السلم، وقال مالك: يجوز تأخيره يوماً ويومين، والدليل عليه: أن النبي ﷺ **«نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»**.

والسلم في اللغة: عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين وتأخير البدل الآخر،

---

(١) في أ (فيسلمه).

فما سوىٰ ذلك مبقي علىٰ أصل النهي، ولأنه ﷺ «**نهىٰ عن الدَّيْن بالدَّيْن والكالئ بالكالئ**»(١) ولو لم يقبض رأس المال إذا كان ثمناً صار ديناً بدين، ولأنه لو جاز تأخير قبضه يوماً ويومين جاز شهراً وشهرين كثمن البيع، وأما إذا كان رأس المال عيناً من غير الأثمان، فالقياس أن لا يبطل السلم بالتفرق قبل القبض؛ لأنهما افترقا عن عين بدين وإنما استحسنوا في إبطال العقد لما قدمناه من الخبر.

١٤٠٢ـ فَصْل: [الافتراق قبل القبض]

قال أبو الحسن: ولا يجوز أن يفترقا ولهما أو لأحدهما خيار شرط وذلك لأن خيار الشرط ينفي الملك [بفعلهما](٢)، وعدم القبض يمنع صحة العقد، فعدم الملك بفعل أحد المتعاقدين أولىٰ، ولأن القبض الصحيح شرط في العقد، والخيار المشروط يمنع صحة القبض.

فإن قيل: أليس لو أقبضه دراهم مستحقَّة ثم افترقا، فأجاز صاحبها صحَّ العقد، وإن لم يحصل الملك في المقبوض.

قيل له: إنه لم يمتنع الملك بفعل واحدٍ من المتعاقدين، وإنما امتنع حكماً، فإذا أجيزَ صَارَ كأنَّ العَاقدَ سلَّم ملكَ نفسهِ.

١٤٠٣ـ فَصْل: [الخيار يثبت حكمًا]

قال: فإن كان فيه خيارُ رؤُية أو عيب لم يفسدِ العقد، وإن افترقا؛ وذلك لأنَّ هذا الخيار يثبت حكماً، ألا ترىٰ أنه يثبت في الصرف، ولا يمنع صحَّة

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٥/٢٩٠؛ وعبد الرزاق في المصنف ٨/٩٠؛ التلخيص الحبير ٣/٢٧.
(٢) في ج (ففعلهما) والمثبت من أ.




التقابض، فلم يمنع صحَّة القبض في مسألتنا.

١٤٠٤ـ فَصْل: [الإحالة أو الحوالة برأس المال]

قال أبو الحسن: فإن أحال رب السلم المسلم إليه برأس المال علىٰ رَجُل أو كفل له به، أو أخذ به رهناً، ثم فارقَ المسلم إليه، وترك الكفيل أو المحتال عليه مع [المسلَم إليه][1] بطل السلم.

قال: أمَّا الحِوَالة فهي جَائزة برأسِ المال والمُسلَم فيه، وقال زفر: لا يجوز.

لنا: قوله ﷺ: «**مَن أحيل علىٰ مليء فليتبع**»[2]؛ ولأنَّ المحتال عليه يقوم مقام المحيل في الدفع فصار كوكيله:

زفر يقول: إنَّه أقام ما في ذمَّةِ المحال عليه مقام ما في ذمَّته، فكأنَّه أخذ عوضاً عن رأس المال أو المُسلم فيه.

وأمَّا الكفالة فتجوز عندنا برأس المال والمُسَلَم فيه.

وقال زفر: لا تجوز، وذكر ابن شجاع عنه: أنَّها تجوز بالمُسلم فيه، ولا تجوز برأس المال.

لنا: قوله ﷺ: «**الزعيمُ غارم**»[3]، ولم يفصّل؛ ولأنَّ الكفيل يقوم مقام

---

(١) في ج (رب السلم) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البخاري بلفظ (أتبع) (٢١٦٦)؛ ومسلم (١٥٦٤)؛ والبيهقي في الكبرىٰ بلفظ المؤلف ٧٠/٦.

(٣) أخرجه المقدسي في المختارة ١٤٩/٦؛ وأبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (١٢٦٥)؛ وابن ماجه (٢٤٠٥)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧٢/٦ وغيرهم.

المكفول عنه في الأداء كوكيله.

وجَهُ قول زفر: أنَّه أقام ما في ذمَّة الكفيل مقامَ ما في ذمَّته فصارَ كالبدل عنه.

وأمَّا فرقه بين رأسِ المال والمسلم فيه على رواية ابن شجاع؛ فلأن رأس المال يقبض في المجلس، والكفالة يحتاجُ إليها في الديون التي يتأخر قبضها، والمسلم فيه يتأخر قبضه؛ فلذلك جازت الكفالة [به].

وأمَّا الرهن فيجوز عندنا برأس المال، والمُسَلَم فيه، وقال زفر: لا يجوز.

لنا قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلىٰ قوله: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، قال ابنُ عباس: [أشهد][1] أن السلم المؤجل في كتاب الله تعالىٰ ديناً، [وتلا] هذه الآية[2]، وإذا تضمَّنت المداينة السّلم، وقد أجَاز الله تعالىٰ الرهنَ فيه فدَلَّ علىٰ جَوازه؛ ولأن الرهنَ وثيقة كالشَّهَادة.

وجَه قول زفر: أن الرَّهن إذا هلك صارَ المرتهنُ مُستوفياً لدينه منه، واستيفاء غير رأس المال والمسلم فيه لا يجوز.

والجوابُ: أنَّ الرهنَ إذا هلكَ لم يَصر عوضاً عن الدين، وإنَّما يصير المرتهنُ مستوفياً لنفس حقِّه بهلاكه حكماً؛ الدليل عليه: أن الكفيل لو رَهَنَ المكفول له رهناً فهلك رَجعَ علىٰ المكفولِ عنه بدَيْنِه، وقد قالوا في العبد الرهن إذا مات وجبَ كفنه علىٰ الراهن، ولو كانَ المرتهنُ [صار به] مُستوفياً، وجبَ كفنه عليه.

---

(١) في ج (اشتهر) والمثبت من أ.

(٢) انظر: تفسر ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٢٥٨.

فإذا ثبت ما ذكرنا؛ قلنا: إذا فارقَ ربُ السلم المسلم إليه بطل العقد، وإن كان الكفيل والمحال عليه في المجلس؛ لأنَّ القبضَ من حُقوق العقد، وحقوق العقد يتعلَّق بالعاقدين، فإذا افترقا بطل العقد، ولم ينفع بقاء غيرهما.

ولو فارقهما الكفيل أو المحال عليه وهما في المجلس لم يبطل العقدُ؛ لأنَّ صحَّة العقد يتعلَّق بهما، فمفارقة الكفيل كعدَمهِ.

وكذلكَ لو افترقا بعد قبض الرهن برأسِ المال بطل العقدُ؛ لأنَّهما افترقا من غير قبض.

ولو هلكَ الرهنُ في المجلسِ صحَّ العقد؛ لأنَّه يصير مستوفياً لرأس المالِ بهلاكه حُكماً فهو كالاستيفاء بالمُباشرة.

فإن أخذ بالمُسلم فيه رَهناً ثم افترقا جَاز؛ لأنَّ قبضَ المُسلم فيه لا يُعتبر في مجلس العقد.

فإن هلك بعد ذلك صار ربُّ السلم مستوفياً للمُسلم فيه؛ لأنَّ الرهنَ عندنا يهلك بأقل من قيمته ومن الدين.

١٤٠٥ ـ مَسْألة: [إبراء المسلم إليه من رأس المال]

قال أبو الحسن: ولا يجوز للمُسلم إليه أن يبرئ من رأسِ المالِ؛ وذلك لأنَّ قبضه في المجلس واجب لحقِّ الله تعالى، فإذا أبرأه سقط القبضُ فيه، وبطل العقد.

وهذا إذا قبل رب السلم البراءة، فإن ردَّها لم يبطل [السَّلَم][1].

---

(١) في ج (المسلم) والمثبت من أ.

لأنَّ العقدَ صحَّ بتراضيهما، والمسلم إليه بالبراءة يُريد الفسخَ، فلا يفسخ إلا برضا الآخر.

١٤٠٦- فَصل: [أخذ شيء عوض رأس المال من غير جنسه]

ولا يجوز أن يأخذ عوضَ رأس المال شيئاً من غير جنسه؛ وذلك لأنه يسقط القبض فيه، وإسقاط القبضِ يُفسدُ العقدَ، فإن أعطاه من جنس ذلك أجودَ منه أو أرْدَأَ منه ورضي المسلم إليه بالرديء جَاز؛ وذلك لأنَّ هذَا ليسَ بعوض، [وإنما](١) خالفَ البدل في الصفة، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ عبداً فوجده مقطوع اليدين، فالبيع جَائز ولو كان تغير الصفة، [فخرج المعقود](٢) عليه من جنسهِ، وجبَ أن يَبطل العقد إلَّا أَنَّهُ لا بدَّ من رضا المسلم إليه إذا كانَ ما أعطاه دون حقِّه؛ لأنَّ في ذلك إسقاط حق له وهو الجودة.

فأمَّا إذا أعطاه أجودَ من حَقِّه أجْبر علىٰ أخذه، وقال زفر: لا يأخذه إلا برضاه.

لنَا: أن الجودة لا تخرج الشيء من جنسه، فإذا دفع أجود [مما](٣) عليه فقد سمحَ بالجودة، وهي غير منفردة عن العين، فلا يعتبر [فيه] الرضا كإيفاء الوزن.

وزفرُ يقول: تبرع عليه بالجودة، فله أن يقبل التبرع وله أن يَرده.

١٤٠٧- فَصل: [أخذ عوض المسلم فيه من غير جنسه]

وكذلك لا يجوز أن يأخذ عوض المسلم فيه من غير جنسه؛ لقوله ﷺ:

(١) في ج (وإن) والمثبت من أ.
(٢) في ج (يخرج للمعقود) والمثبت من أ.
(٣) في ج (أجودهما) والمثبت من أ.

«من أسلم في شيءٍ فلا يصرفه إلىٰ غيره»[1].

ولأنَّ المسلم فيه في حكم الأعيان؛ بدلالة جَوازِ الفسخ عليه مع هلاك رأس المال والأعيان التي تنقل وتحول؛ لا يجوز التصرفُ فيها قبل القبض.

فإن أعطاه من جنسه أجودَ منه أو أدون [منه] ورضي ربُّ السلم بالأدنىٰ، جَاز علىٰ ما بَيّنّاه في رأس المال.

١٤٠٨- فَصْل: [إبراء رب السلم المسلم إليه]

وإن أبرأ رَبُّ السلم المسلمَ إليه جَاز، وسَلم له رأس المال؛ لأنَّه دين لا يستحقُّ قبضه في المجلس، فجاز أن يبرئ عنه كسائر الديون.

١٤٠٩- مَسْألة: [الإقالة في عقد السلم]

وإن تقايلا جاز وردَّ عليه رأس ماله لما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من أقال نادماً أقاله الله عثرته يوم القيامة**»[2] وروي عن جماعة من الصحابة أنَّهم قالوا: لا تأخذ إلا سَلمك أو رأسَ مالك، وإنما يأخذ رأس المال عندَ الفسخ؛ ولأنَّها معاوضة تحتمل الفسخ، فصحَّت الإقالة فيها كالبيع.

١٤١٠- فَصْل: [الإقالة في البعض وأخذ البعض]

وإن أقاله في بعض وأخذ البعض فهو جائز، وقال مالك: لا يجوز، وروي

---

(١) أخرجه أبو داود بلفظ (أسلف) (٣٤٦٨)؛ وابن ماجه (٢٢٨٣)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/٣٠.

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه ١١/٤٠٢؛ والحاكم في المستدرك بلفظ (مسلماً) وصححه؛ وأبو داود (٣٤٦٠)؛ وابن ماجه (٢١٩٩)؛ وأحمد في المسند ٢/٢٥٢؛ وقال الهيثمي: «رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات». مجمع الزوائد ٤/١١٠.

عن ابن عباس أنَّه سئل عن ذلك، فقال: ذلك المعروفُ الحسنُ الجميلُ، وعن ابن عمر: أنَّه لا يجوز(١).

لنا: أنه تجوز الإقالة في جَميعه، فجازت في بعضهِ كالبيع، [ومالك يقول](٢) الإقالة بيع، فإذا أقال في البعض علىٰ أن يأخذ الباقي كان بيعاً فيه شرط فيبطله، وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّ الإقالة عندنا فسخ وليسَ ببيع، وقبض الباقي لا يجبُ بالإقالة حتَّىٰ يعتبر شرطاً فيَها، [وإنما](٣) يجب بمقتضىٰ العقد.

١٤١١ ـ فَصْل: [ما لا يجوز أن يأخذ إذا تقايلا]

وإذا تقايلا لم يجز أن يأخذَ برأس المالِ شيئاً من غير جنسه استحساناً، والقياسُ أن يجوز، وهو قول زفر.

وجه القياس: أنَّه دين لا يجبُ قبضه في المجلس، ولا هو مسلم فيه، فجازَ التصرُّفُ فيه قبل القبض كسائر الديون.

وجه الاستحسان: قوله ﷺ: «مَن أسلم في شيء فلا يصرفه إلىٰ غيره». وقول الصحابة لا تأخذ إلا سَلمك أو رأس مالك؛ ولأنَّه بعدَ الفسخ رأس مال بدلالة جَواز الفسخ عليه، والفسخُ [إنما](٤) يقع عَلىٰ ما وقع عليه العقد، ورأس المال لا يجوز التصرُّفُ فيه، أصله حال بقاء العقد.

وقد قال الطحاوي: إن قياس قولهم أنَّه لا يجوز تأجيله، وهذا ليسَ

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٨٩؛ المدونة ٤/٦٩، ٧٨.

(٢) في ج (ومالا تعول) والمثبت من أ.

(٣) في ج (ولهما) والمثبت من أ.

(٤) في ج (ولهما) والمثبت من أ.

بصحيح ؛ لأنَّه دين لا يجبُ قبضه في المجلس ولا يثبت علىٰ وجهِ التبرّع ، فجاز تأجيله كسائر الديون ، وليسَ إذا لم يجز التصرّف فيه لم يجز التأجيل ؛ لأنَّ المسلم فيه لا يجوز التصرُّف فيه ، ويجوز تأجيله.

١٤١٢ ـ فَصْل: [التصرف في رأس مال في السلم الفاسد]

وأمَّا السلم الفاسد فيجوز التصرُّف فيه في رأس مَاله قبل القبض ؛ لأنَّ القياس يقتضي جواز التصرُّف بكل حالٍ ، وإنما تركنا القياسَ في السَّلَم الصحيح للخبر ومَا سِواه مبقيٌّ علىٰ أصله.

قال وكذلك القروضُ والغصوب والاستهلاكات وغير ذلك ؛ لأنها ديون لم يجب قبضها في المجلس ولا هي بدل في السلم.

قال أبو الحسن: إلا الصرف ؛ فإنَّه لا يجوز فيه إلَّا ما يجوز في رأس المال ، وهذا إنما يعنىٰ به حال بقاء عقد الصرف ؛ لأنَّ القبض مستحقٌّ لحق الله تعالىٰ ، وفي التصرُّف إسقاطه فلا يجوز.

فأمَّا إذا تفاسخا الصرف جاز التصرُّف في الثمن بخلافِ السلم ؛ لأنَّه دين لا يجب قبضُه في المجلس ، وكذلك كان القياس في رأس مال السلم لولا الخبر.

١٤١٣ ـ مَسْألة: [السلم فيما لا يضبط مقداره]

قال أبو الحسن: وكل ما لا يضبطُ مقدارهُ بالكيل أو الوزن أو الذرع المعروف بين النَّاس ، ويُضبط مع ذلك صفته ، فإن السلمَ فيه لا يجوز حتَّىٰ يضبط ذلك أجمع.

والأصل في هذا: أن كلّ ما تضبطُ صفته ، ويُعرفُ قدره ، ويجوز أن يكون

مبيعاً بحالٍ، فالسلم فيه جائز؛ لقوله ﷺ: «مَن أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم، إلىٰ أجل معلوم». وما لا تُضبط صفته ولا يُعرفُ قدره، لا يجوز السلم فيه كالجواهرِ.

١٤١٤ـ فَصْل: [السلم في الدراهم والدنانير]

فأمَّا ما لا يجوز مبيعاً بحال كالدراهم والدنانير، فلا يجوز السلم فيهَا عندنا، وقال الشافعي: يجوز السلم(١).

والدليل علىٰ ما قلناه: أنَّه أحدُ بَدلَيْ السلم، فلا تكونُ الدراهم فيه مؤجَّلةً كرأس المال؛ ولأنَّ مخالفنا إما أن يثبت اسمَ العقد أو حُكمه، فإنْ كان يثبت اسمه لم يَصحّ؛ لأن العربَ لا تسمِّي مَن باع ثوباً بدراهم مؤجَّلة مسلفاً في الدراهم، وإن أثبت حكمه من قبض رأس المال في المجلس لم يصح؛ لأنَّ مَن باع ثوباً بدراهم مؤجَّلة لم يجب قبضه في المجلس، وإذا لم يثبت الاسم ولا الحكم لم يصحَّ العقد؛ ولأنَّ كل ما لا يجوز السلم فيه إذا كان رأسُ المال من الأثمان لم يجز السلمُ فيه إذا كان من غيرها كالجواهر.

١٤١٥ـ فَصْل: [السلم في الحيوان]

قال أبو الحسن: لا يجوز السلم في الحيوان؛ لأنَّ مقداره(٢) لا يضبط. وقال الشافعي: يجوز إذا سمَّىٰ ثنيّاً أو رباعياً من نَعَم بني فلان(٣).

---

(١) انظر: الأم ١٢٧/٣؛ المنهاج ص٢٣٧.

(٢) في أ (لأنه معدود).

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٢/٣؛ المزني ص٩١.

لنا: ما روىٰ الثوري، عن معمر، عن [يحيىٰ][1] بن أبي كثير، عن ابن عباس، «**أن النبي ﷺ نهىٰ عن السلف في الحيوان**»[2]؛ ولأن السلم لا يجوز في أطرافه، فلا يجوز فيه كالجلود، والذي روي أن عبد الله بن عمرو استسلف من [النبي ﷺ بعيرًا ببعيرين إلىٰ خروج المصدق)، فيحتمل أن يكون استسلف من أرباب الزكوات علىٰ الزكاة، أو يكون استسلف من حربيّ في دار الحرب، وقد كانت متاخمة لدار الإسلام، أو يكون استسلف] علىٰ بيت المال، فكل ذلك يجوز عندنا.

وقولهم: ما جاز أن يثبت في الذمَّة [مهرًا، جاز أن يثبت سلمًا، لا يصح؛ لأنا لا نسلم ثبوت الحيوان في الذمة] بالنكاح ثبوتاً صحيحاً؛ ولأنَّ بدل النكاح يثبتُ مع الجهالة بدلالة مهر المثل، ومثل ذلك لا يثبت في السلم.

١٤١٦ ـ فَصْل: [السلم فيما لا يعرف قدره من الأواني]

قال أبو الحسن ﵀: وكذلك مَا لا يُعرف قدره من الأواني وسائر المصنوعات، فإنَّ ذلك لا يجوز السلم فيه، وقد بيَّنَّا هذا.

١٤١٧ ـ مَسْألة: [السلم في اللَّبِن والطوابيق]

قال: واللَّبِنُ والطوابيق[3] إذا اشترط من ذلك قدراً معلوماً جَاز؛ لأنَّه معدود

---

(١) في أ (عثمان) والمثبت عن الحاكم والدارقطني.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٦٥؛ والدارقطني في السنن ٣/٧١؛ «وفي إسناده إسحاق بن إبراهيم وهّاه ابن حبان» كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٣٣.

(٣) والطوابيق جمع الطابق: «العظيم من الزجاج واللَّبِن، تعريب تابَه، ومنه بيت الطابق». المغرب (طبق).

غير متفاوت، والعدد يُعرف به مقدار الأشياءَ، فجاز السلم فيه، كالكيل والوزن.

١٤١٨ ـ فَصْل: [السلم في الحطب والقصب]

قال أبو الحسن: ولا يجوز السلم في الحطب، والقصب، والقت، والرطبة أحمالاً، ولا أوقاراً وَلا حُزَماً، ولا حزراً؛ وذلك لأنَّ هذا مقدار مجهول مختلف يتفاوت فيه الصغير والكبير، وما لا يُضبط قدره لا يجوز السلم فيه.

١٤١٩ ـ مَسْألة: [السلم في الجلود]

قال أبو الحسن: ولا يجوز السلم في جلود البقر والغنم والإبل، وقال مالك: يجوز[(١)].

لنا: أنه معدود مختلف، ألا ترىٰ أن الجلود [يختلف][(٢)] فيها الصغير والكبير والثقيل والخفيف، وهذا المعنىٰ يوجب تفاوت الأثمان، فمنع من صحَّة السلم.

قال أبو الحسن: وكذلك رؤوسها، وهذا صحيح؛ لأنَّ الرؤوس تختلف بالسمن والهُزال، والصغرِ والكبر، والمعدود المتفاوت لا يجوزُ السلم فيه[(٣)].

١٤٢٠ ـ مَسْألة: [السلم في الثياب والبسط]

قال أبو الحسن: ويجوز السَّلَم في الثياب، والبُسط، والحُصر، والبواري[(٤)]، والسُتور وما أشبه ذلك إذا اشترط ذرعاً مَعلوماً وصفةً وصنعةً معلومتين، وقد كان

---

(١) انظر: الرسالة الفقهية (القيروانية) ص٢١٦ (دار الغرب).

(٢) في ج (يتفق) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل: ٢/٣٧٣.

(٤) البواري: هو الحصير المعمول من القصب، ويقال فيها: بارية، وبورياء. انظر: لسان العرب (بور).

القياس أن لا يجوز السلم في الثياب ؛ لأنَّ مستهلكها لا يلزمه أمثالها ، فلا يجوز السلم فيها كالحيوان ، وإنما تركوا القياس لإجماع الفقهاء ؛ والإجماع حجة ؛ ولأنَّه إذا بين الطول والعرض والصفة تقاربت الجهالة فيها ، وصار اختلافها كاختلاف الجيد والجيد من الحنطة ، ولا يمنع ذلك صحَّة العقد .

١٤٢١ ـ فَصْل: [ما يوزن من الثياب بوزن]

قال أبو الحسن: وما كان من الثيابِ يوزن مثل ثياب الحرير ، ذكر مع ذلك الوزن ، فإن اقتصر على الذرع أجزأ ، ومن أصحابنا من قال: لا بدَّ من ذكر الوزن ، وهذا عندنا على وجهين: إن كان إذا ذكر الطول والعرض والرقةَ لم يتفاوت الوزن ، لم يحتج إلى ذكرِ الوزن ، كما قال أبو الحسن ؛ لأنَّه غير متفاوت ، وإن كان يختلف باختلاف وزنه لم يجز حتى يذكر الوزن .

١٤٢٢ ـ فَصْل: [البيع بمكيال غير معروف]

قال أبو الحسن: وإن شرط في السلم مكيالاً لا يعرف ، فقال: بهذا الزنبيل[1] أو وزن حجر لا يُعرف قدره من الوزنِ المعروف ، فقال: بهذا الحجر لم يجز حتّى يكون قدره من الكيل المعلوم والوزن المعلوم معلوماً .

والأصل في ذلك: أن كل جهالة يجوز أن تطرأ على عقد السلم فَرفعها من العقد شرط إذا أمكن ذلك ؛ لأنَّ المقصود من هذا العقد مترقّب ، فيما يجوز أن يطرأ كالموجود في حال العقد ، ومعلومٌ أن الإنَاء قد يهلك ، ويضيعُ الحجر ، فلا يدرى ماذا يسلم إليه ؛ فلذلك لم يصح العقد به[2] .

---

(١) في أ (الكيل) .
(٢) انظر: الأصل ، ٢/٣٨٣ .

فأما إذا باع وشرط الكيل بمكيالٍ لا يُعرف أشار إليه، أو الوزن بحجر لا يُعرف أشار إليه، فالمشهور أنَّه يجوز؛ لأنَّه لو باع مجازفةً جاز، وليس هذا أكثر من المجازفة.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنَّه لا يجوز؛ لأنَّ البيع يقعُ على وجهين إما مكايلةً أو مجازفة، وليس هذا مكايلة ولا مجازفة.

١٤٢٣ ـ مَسْألة: [السلم في شيئين مختلفي الصفة والجنس]

قال أبو الحسن: قال [أبو حنيفة][(١)]: إذا أسلم في شيئين مختلفي الصفة [أو الجنس][(٢)] لم يصح السلم إذا كان رأس المال مكيلاً أو موزوناً حتى يعين[(٣)] قدر رأس مال كل واحد منهما، مثل من أسلمَ مائة درهم في قفيز حنطة وقفيز شعير، أو في ثوبين مختلفين، وإن كان رأس المال من غير المكيل أو الموزون لم يحتج إلى تفصيله، وقال أبو يوسف ومحمد: ذلك جائز فيهما[(٤)].

وهذا مبني على ما قدَّمنا أن معرفة رأس المال شرط في السلم، فإذا أسلم مائة درهم في شيئين مختلفين انقسمت عليهما بالقيمة، فصار رأس مال كل واحد منهما مجهولاً، فلم يجز عنده كما لو أفرده بالعقد، وليس كذلك إذا كان رأس المال ثوباً؛ لأنَّ معرفةَ قدر الثوب لا يُعتبرُ في العقد، وعلى أصلهما إذا كان رأس المال معيناً جاز وإن لم يُعرف قدره، فكذلك إذا لم يَعرف حصَّة كل ثوب منه.

---

(١) في ج (أبو الحسن) فقط، وفي أ (أبو حنيفة) فقط.

(٢) في ج (إذا تجنس) والمثبت من أ.

(٣) في أ (يبيّن).

(٤) انظر: الأصل، ٢/٣٨٢.

١٤٢٤ـ مَسْألة: [السلم في طعام قرية بعينها مما ينقطع]

[قال أبو الحسن]: وإذا أسلم في طعام قرية بعينها أو بلد بعينه مما ينقطع عن أيدي الناس، فالسَّلَم باطلٌ.

وجملة هذا: أنَّه إذا سمَّىٰ طعام بقعة لا يفقد طعامها غالباً جَاز السلم، وإن سمَّىٰ ما يجوز أن يفقد لم يجز، وقد رويَ أن النبي ﷺ أسلم إلىٰ زيد بن سعنة في تمر فقال له: «**أسلم إليّ في تمر نخلة بعينها، فقال:** أما في تمر نخلة بعينها فلا»[1]، وإن كان المعني فيه: أنه يجوز أن يفقد تمرها ولا تحمل في ذلك العام، وقد قال محمد في الأصل: إذا أسلم في طعام هَراة لم يجز. قال أصحابنا: ليس يعني بذلك هَراة خراسان؛ لأنَّ طعامها لا ينقطع، وإنما أراد به قرية من قُرىٰ الفرات يقال لها هَراة، وذلك [لأنه] ينقطع طعامها.

١٤٢٥ـ مَسْألة: [وجود المسلم فيه مدة العقد]

قال أبو الحسن: ولا بدَّ أن يكون المسلمُ فيه موجوداً من حين السلم إلىٰ انتهاء أجله، فإن كان يعدم في شيء من هذه المدَّة لم يجز.

وجملة هذا: أن من شرط السلم عندنا كون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلىٰ حين الحلول، فإن عُدم في إحدىٰ الحالتين أو ما بينهما لم يجز.

وقال الشافعي: يجوز السلم إذا كان المسلمُ فيه موجوداً عند الحلول، ولا يُعتبر وُجوده قبل ذلك[2].

---

(١) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (في سبب إسلام زيد) بغير هذا اللفظ ٢٤/٦؛ ونحوه الحاكم في المستدرك ٧٠٠/٣؛ مجمع الزوائد ٢٣٩/٨.

(٢) انظر: مختصر المزني ص٩٠؛ المنهاج ص٢٣٧.

لنا: ما روي «**أنَّ النبي ﷺ نهىٰ عن بيع النخل حتىٰ يؤكل منه**»[١]، وقد بيَّنا أن السلم بيع؛ ولأنَّ محل المسلم فيه تارة يثبت بالشرط، وتارة بالشرع، فإذا كان عدمه في إحدىٰ الحالين[٢] يمنع فكذلك الآخر؛ ولأنَّه سلم في معدوم فلم يجز كالحال.

وقولهم: إنه مضبوط الصفة مأمون الوجود عند المحل لا يصحُّ؛ لأنَّ المحلَ تارة يكون بالوقت الذي شرطاه، وتارةً يكون قبله بأن يموت المُسلم إليه، فيحل السَّلم، فوجَب اعتبار وجوده في كل [**حال لجواز**][٣] أن يكونَ محلاً.

١٤٢٦ـ فَصْل: [عدم قبض المسلم فيه أثناء المدة مع وجوده]

قال أبو الحسن: فإن كان مَوجوداً في حالة العقد إلىٰ حين حلول السلم فلم يقبض ربُّ السلم حتىٰ انقطع، فالسلم صحيحٌ علىٰ حاله، ورب السلم بالخيارِ: إن شاء فسخ العقد وأخذ رأسَ ماله، وإن شاء انتظر إلىٰ حين وجودهِ؛ وذلك لأن العقد قد تَمَّ واستقرَّ الدين في الذمَّة بالحلول، فعدمُه بعد استقراره لا يؤثر في العقد كعدمه قبل العقد.

وإنما يثبت الخيار؛ لأنَّ الصفة تغيرت، ألا ترىٰ أنه دخل في العقد ليسلم له المعقود عليه في هذا العام، فإذا تأخر إلىٰ عام آخر لحقه الضرر فصار كالعيب إن شاء التزمه وإن شاء فسخ.



---

(١) أخرجه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما (٢١٣٠)؛ ومسلم (١٥٣٧).
(٢) في أ (المحلين).
(٣) في ج (عين يجوز) والمثبت من أ.

١٤٢٧ ـ مَسْألة: [السَّلم في المعدود الذي يتفاوت آحاده]

فإن أسلم في بيض عدداً أو أسلم في الجوزِ كيلاً أو عدداً جاز.

وجملة هذا: أنَّ المعدودَ إذا تفاوت آحاده لم يجز السلم فيه كالبطيخ والرمَّان، وإذا لم تتفاوت آحاده جاز السلم فيه، وإن تفاوتت جملته كالبيض والجوز، ذكر هذا التفصيل أبو يوسف، وقال زفرُ: لا يجوز السلم في البيض والجوز عدداً، (وقال الشافعي: يجوز السلم في البيض وزناً ولا يجوز عدداً)[1].

والدليل على ما قلناه: أن كل ما جَازَ قرضه بصفةٍ، جاز السلم فيه بتلكَ الصفةِ إذا كان مما يُسلم فيه كالكيل والوزن؛ ولأنَّ العدد معني يُعلم بهِ مقدار البيض، فجاز السلم فيه كالكيل.

وجَهُ قول زفر: أن البيض معدود مختلف، ألا ترى أن كباره تشتري بأكثر مما تشتري صغاره، والمعدود المتفاوت لا يجوزُ السلمُ فيه.

١٤٢٨ ـ مَسْألة: [السلم في دين]

قال أبو الحسن: وإذا أسلم رَجلٌ إلى رجلٍ في حنطة ديناً له عليه لم يجز؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ **«نهى عن الكالئ بالكالئ»**[2] وهو الدينُ بالدَّين.

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
قال الشيرازي: «وإن أسلم فيما لا يكال ولا يوزن، كالجوز والبيض.. والرؤوس، إذا جوّزنا السلم فيها، أسلم فيها بالوزن. وقال أبو إسحاق: يجوز أن يسلم في الجوز كيلاً...». المهذب ١٦٩/٣. قال النووي: «ويجوز السلم في الجوز واللوز وزنًا...، ويجوز كيلاً على الأصح». الروضة ١٤/٤.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن ٧١/٣؛ ومالك في الموطأ ٦٢٨/٢؛ التلخيص الحبير ٢٦/٣؛ الدراية ١٦٠/٢.

فإن لم يفترقا حتّىٰ قبض رَبُّ السَّلَمِ دينه منه ثم ردَّه عليه، أو أعطاه مثله جَاز العقد؛ لأنَّ الدراهم [عندنا] لا تتعيّن، فإذا سمَّىٰ دينه وقع العقد علىٰ دراهم مطلقة، فإذا افترقا بطل؛ لعدم القبض، فإن دفع رأس المال جَاز وصارَ كأنَّه عقد بدراهم مطلقة، فدفعها، وليس كذلك إذا قال أسلمت إليك العشرة التي لي في ذمَّة فلان في قفيز حنطة، ثم قبضها وسلَّمها قبل الافتراق، أو سلَّم غيرها؛ فإنَّ العقد لا يصحُّ؛ لأنَّه شَرَطَ هُناك استِيفَاء رأسِ المالِ من ذمَّة غيرِ العاقد، وهذا خلاف مقتضىٰ العقد، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنَّه شرط الاستيفاء من مال العاقد، وذلك مقتضىٰ العقد.

١٤٢٩ـ مَسْألة: [الافتراق بعد السلم ديناً وعيناً]

وإذا أسلم ديناً وعيناً فافترقا، جَاز في حصة العين وبطل في حصة الدين؛ لأنَّ العقد وقع صحيحاً فيها، ألا ترىٰ أنه لو قبض الدين جاز، وإنما بطل في بعض المعقود عليه لعدم القبض، وبطلان العقد في بَعضِ ما وقع عليه العقد بعد صحته لا يُوجبُ بطلان جميعه، كما لو اشترىٰ عبدين، فمات أحدهما قبل القبض.

١٤٣٠ـ مَسْألة: [السلم في مكيل بمكيل]

قال أبو الحسن: وإذا أسلم مكيلاً في مكيلٍ وموزون، أو [أسلم] موزوناً في موزونٍ ومكيل، أو جنساً في جنسه وغير جنسه، بطل السلم في جميعه في قول أبي حنيفة، وجاز في قول أبي يوسف ومحمد في حصة المكيل من الموزون، ولم يجز في حصة الموزون من الموزون.

قال الشيخ رحمه الله: وجملة قول أبي حنيفة: أنَّ الصفقة إذا جمعت الصحيحَ

والفَاسد، والفاسد والفساد في نفس المعقود عليه، بَطل العقدُ في الجميع، والفساد في نفس المعقود عليه عنده أن يفسد [نَصٌّ][1] أو إجماع.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان الفاسِد مما له قيمة جَاز في الصحيح وبطل في الفاسدِ مثل مسألتنا، وإن كان الفاسد [مما] لا قيمةَ له مثل الحرِّ والعبد، وقد سمَّىٰ الثمن جملةً واحدةً بطل العقد في الجميع، وإن سمَّىٰ لكلِّ واحد [منهما] ثمناً، جاز في العبد وبطل في الحرِّ.

وذكر أبو الحسن في الجامع عن أبي يوسف: فيمن باع جَاريةً في عنقها طوق فضَّة بألفٍ نسأً، فإنَّ البيع (باطل)[2] في الجميع في قول أبي يوسف الآخر، وجعل أبو الحسن رجوع أبي يوسف في هذه المسألة دلالة علىٰ رُجوعه في جميع المسائل، فكانَ أبو بكر يقول: يجوزُ أن يفرق بينهما.

وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن أسلم عشرة في قفيز حنطةٍ، خمسةً يؤدِّيها في المجلس وخمسةً يؤديها بعد عشرةِ أيامٍ، أن البيع باطل في الجميع، ولم يحك خلافاً، وللشافعي قولان، أحدهما: مثل قول أبي حنيفة، والآخر: مثل قولهما.

وجهُ قول أبي حنيفة: أن الصفقة تضمَّنت الصحيح والفاسد، والفساد في نفس المعقود عليه، ففسدَ في الجميع كمن جمع بين حر وعبد، وسمَّىٰ لها ثمناً واحداً، وعلىٰ الشافعي: أن عقد البيع إذا جمع الحر وغيره بطل البيع فيهما كمن جمع بين حرٍّ وكلب، ولأنَّه عَقدٌ يبطل بالشرط، فإذا جمع بين الأمة والحرة فيه،

(١) في الأصل (قبض) والمثبت يدل عليه السياق، وكذا العبارة الآتية بعد صفحة في المسألة نفسها.
(٢) ساقطة من ج.

جَاز أن يبطل في الأمةِ كالنكاح، ولا يلزم على الوجه الأوَّل إذا جمع بين عبده وعبد غيره؛ لأنَّ العقد عندنا صحَّ فيهما، فكيف يقول إن الفساد في نفس المعقود عليه، ولا يلزم إذا جمع بين عبد ومدبَّر، أو أم ولد؛ لأنَّ الرق المعقود عليه موجودٌ فيهما، والعقد قد تناولهما؛ ولهذا يصحُّ فيهما بحكم الحاكم، ولا يَلزم إذا جمعَ بين عبد ومكاتب؛ لأنَّ الرق موجود في المكاتب، ويصحُّ العقد فيه بالحكم؛ لأنَّ عندَ مالك أن من باع نجوم المكاتب جَاز وعتق وكان الولاء للمشتري.

ولا يلزم إذا باع عبداً نسأً بألفٍ، ثم اشتراه مع عبدٍ آخر بألف ومائة؛ لأنَّ العقدَ صَحّ فيهما، وإنما يَفسد [عند] تسمية[1] الثمن والعلم بنقصان حصَّة المبيع عن الألف، وهذا [إنما] يكون في ثاني العقد، فإن ألزم إذا باعه مع عبد آخر من البائع بألف، فقيل لنا: إنه عند العقد يعلم أن حصَّته أقلّ من ألف، قلنا: الفسَاد في نفس المعقود عليه قد بينا أنه ما يتناوله النصُّ أو الإجماع، وهذا عندنا يفسد بما جرى مجرى النصِّ، لأنَّا نقول: إن قول عائشة رضي الله عنها فيما لا يُعلم من طريق القياس الظاهر أنَّه توقيف، وهذا ليس بنصٍ في الحقيقة (لكن عمل عمل النص في فساد البيع)[2].

وجْهُ قولهما: أن الصفقة جمعت الصحيحَ والفاسد وكل واحد منهما له قيمة، فصار كالعبد والمدبر، وأمَّا العبد والحر فلا قيمة للحر فيصير العبد مَبيعاً بحصته، والبيع بالحصَّة لا يجوز، ولهذا قالا: إن أفرده بالثمن جَاز؛ لأنَّ المعنى المفسد جهالة الحصَّة وهذا لا يوجد إذا أفرده بثمن.

---

(١) في ج (قسمة).

(٢) ساقطة من أ.

فأما رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق، فالظاهر أنَّه رجوع في جميع المسائل، كما قال أبو الحسن رحمه الله، وإلَّا ضعف الفرقُ، وكان أبو بكر يقول: إن النَّسَاء يَحْرُم في الفضَّة بإجماع، فيجوز أن يقول أبو يوسف: إن الفسادَ متىٰ ثبت بإجماع أفسد الصفقة؛ فإنَّه دليل مقطوع به، فأمَّا خبر الواحد فلا يُقطع به، فإذا قابله الاختلافُ لم تفسد الصفقة.

وإذا ثبت هذا قلنا في مسألة الكتاب: إذا أسلم مكيلاً في مكيلٍ وموزون فتحريم النسأ بالمعنىٰ المضموم إلىٰ الجنس مجمع عليه، والتحريم إذا ثبت بالإجماع كان الفَساد في نفس المعقود عليه؛ ولأنَّ النص قد تناوله وهو قوله ﷺ: «وإذا اختلف النوعان، فبيعوا كيفَ شئتم يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة»[1].

١٤٣١ ـ مَسْأَلة: [السلم في الشحوم]

قال أبو الحسن: ويجوز السلم في الشحوم والأليات[2]؛ وذلك لأنَّها لا تختلف بالسمن والهزال لأنها كلها سمن ولا بالعظام؛ لأنَّه لا عظم فيها يتفاوت والموزون المعلوم يجوز السلمُ فيه[3].

١٤٣٢ ـ فَصْل: [السلم في اللحم]

ولا يجوز السلم في اللحم عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما إذا سمَّىٰ مكاناً معلوماً من الشاة، وهو قول الشافعي، وكان أبو الحسن يقول: يجوز السلم في

(١) انظر: الأصل ٢/٤٠٨.

(٢) في المعجم الوسيط الأَلْيَةُ: العجيزة أو ما ركبها من شحم ولحم وجمعها: أَلايا (ألىٰ).

(٣) انظر: الأصل، ٢/٣٧٦؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/١٢٧ وما بعدها.

اللحم المخلوع من العظام، وكان أبو بكر الرازي يقول: لا يجوز[1].

وجهُ قول أبي حنيفة: أن اللحم مختلف باختلاف السمن والهزال، وهذا معنىٰ مقصود منه، والموزون المختلف لا يجوز السلم فيه؛ ولأنَّه يختلفُ باختلاف العظام، ألا ترىٰ أنَّ من العظام ما ينتفع به، ومنها ما لا يُنتفع به، والاختلاف يمنع جواز السلم، وليسَ كذلك النوىٰ في التمر؛ لأنَّه يقع علىٰ وجه واحد، إذ لا ينتفع بجميعه.

فإن قيل: قد جوزتم السلم في الألية وفيها عظم العُصْعُص.

قلنا: ذاك موجود علىٰ صفة واحدة منتفع به، لا يختلف فلذلك لم يمنع، وعلىٰ الشافعي إن ما اختلف باختلاف العظام والسمن والهزال؛ لم يجز السلم فيه، كالرؤوس واللحم المشوي والمطبوخ؛ ولأنَّه سلم في لحم كلحم ما لا يُؤكل لحمه.

وَجْهُ قولهما: أنَّه إذا سمَّىٰ مكاناً من الشاة بعينه قلَّت الجهالة، فصار اختلافه كاختلاف الجيّدِ والجيَّدِ من المكيل[2].

١٤٣٣ ـ مَسْألة: [السلم في السمك]

قال أبو الحسن: لا يجوز السَّلَم في السمك عند أبي حنيفة، طريَّةً ولا مالحةً. وقال أبو يوسف: يجوز في المالح إذا سمىٰ وزناً معلوماً، وفي السمك الصغار إذا كان مما يُكال، ولا يجوز في الكبار، إذا كان لا يُكال، فإن اشترط

(١) انظر: المبسوط ١٢/١٣٧؛ المزني ص٩٢.
(٢) انظر: الأصل، ٢/٣٧٥.

وزناً لم يجز لفضل الكبير على الصغير ، روى ذلك بِشْرٌ عنه ، وقد اضطربت عبارة الأصل والجامع الصغير في ذلك ، وأشارَ إلى الفرق بينَ المالح والطَّرِي ، كما قال أبو يوسف ، والصحيح من المذهب: أنَّ السمكَ الصغارَ يجوز السلم فيه كيلاً وَوزناً ، وفي الكبار روايتان ، ولا فرق بين المالح والطري ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز ؛ أمَّا الصِّغارُ فلأنها لا تختلف باختلاف السمن [والهزال] ؛ لأنَّه لا سمنَ فيه ، ولا باختلاف العظام ؛ لأنَّ عظامه تؤكل معه ، فصار مكيلاً غير مختلف ، فجاز العَقد عليه ، وأمَّا الكبارُ فتختلفُ باختلاف السمن والهُزالِ ، فهو كاللحم.

وقال في الرواية الأخرى: إن السمن والهزال ليسَ بظاهر فيه ، فلم يقصد بالعقد وعظامه على وجه واحدٍ لا يُنتفع بها ، فلم يمنع ذلك السلمَ.

فأما هُما ففرَّقا بينه وبين اللَّحم ؛ لأنَّهما جوَّزا في اللحم إذا شرط مكاناً من الشاة بعينه لتقل الجهالة ، وهذا المعنى لا يوجد في السمك ، فالسلم فيه كالسلم في مسَاليخ الغنم ، فلا يجوز(١).



(١) انظر: الأصل ، ٢/٣٧٥ ؛ مختصر اختلاف العلماء ٣/١١.

بَابُ
السلم ينتقض فيه القبض بعد الافتراق



قال أبو الحسن: وإذا افترق المتعاقدان في السلم بعد القبض ثم وجَد المُسلم إليه رأسَ المال زُيوفاً أو بهرجةً، فإن تجوَّز بها صحَّ السلم، وإن استبدلها بطل عند أبي حنيفة، ولا يبطل عندهما إذا قبض في المجلس الذي ردَّها فيه، فإن افترقا قبل القبض في الردَّ بطل السَّلَم، وإن أصابها ستوقة أو رَصَاصاً أو جنساً غير الفضَّة أو استحقَّت في يده بعد الافتراق، بطل السَّلَم عندهم جميعاً.

قال: وجملةُ هذا: [أنّ] رأسَ المالِ إذا لم يكن دَيناً في الذمَّة وكانَ عيناً مُشاراً إليها، فاستحقَّ في المجلس أو بعدَ المجلس، أو وجدَ به عيباً فردَّه، بطل السلم؛ ولأنَّ العقدَ وقع على عينهِ، فإذا استحقَّ أو رده بعيب بطل العقد فيه، ولا يَعود إلا باستئناف عقد.

فأمَّا إذا كان رأسُ المال ديناً في الذمَّة فقبضهُ ثم وجده في المجلسِ زائفاً فردَّه، أو رَصاصاً، أو ستوقاً، أو استحقَّ فأعطاه بدله في المجلس صحَّ العقد؛ لأنَّ استحقاقه وردَّه يبطل فيه القبض، ويبقىٰ مُوجب العقد في الذمَّة بحاله، فكأنَّه لم يقبض رأسَ المال حتىٰ الآن، وتأخير القبض في المجلس معفو عنه.

وأمَّا إذا افترقا، فوجده بهرجة أو زيوفاً أو ستوقاً، أو رصاصاً، أو استحقَّ فلم يجز المستحق القبض، بطل العقد في قولهم؛ لأنَّ الستوقة والرصاص ليست من جنسِ الأثمان، فقبضها لا يُعتد به، فصار كأنهما افترقا عن غير قبض.

وأمَّا إذا وجدها زائفةً أو بهرجةً، فتَجَوَّزَ بها، جاز؛ لأنَّها من جنسِ المعقود عليه، وإنما [وجد] بها عَيْبًا، ووجود العيب بالعين لا يجعلها غيرَ المعقود عليه، فإذا تجوَّز بها فكأنَّه أخذ نفسَ حقِّه، [فجاز][1]، وأمَّا إن استبدلها [في مجلس الرَّد] بطل العقد عند أبي حنيفة، وقالا: لا يبطل إذا قبض البدل في مجلس الردِّ.

لأبي حنيفة: أن المقبوض ليس هو نفس ما وقع العقد عليه، وإنما هو مأخوذ منه علىٰ وجه الاقتضاء، بدلالة أنَّ من أسلمَ دراهمَ صِحاحاً [وتجوّز بأخذ][2] عملة فوجدها في المجلس زيوفاً فردَّها، كان له المطالبة بالصحاح علىٰ ما اقتضىٰ العقد، وإذا كان المقبوض مأخوذاً عمَّا وقع عليه العقد فمتىٰ ردَّه انفسخ فيه القبض، فلو رجع أُرجع بمقتضىٰ السلم، والرجوع بمقتضىٰ السلم من رأسِ المالِ بعد الافتراقِ لا يصحُّ، أصله إذا افترقا ابتداءً من غير قبض.

ولا يلزم إذا وجد بعضها زيوفاً فاستبدله، فإنَّ القياس أن يُفسد القبض فيه، وإن شئت أن يُحترزَ عنه فقل: والرجوع بموجب العقد فيما يمكن الاحتراز فيه بعدَ الافتراق لا يجوز.

ووجْهُ قولهما: أنَّهما لم يفترقا إلا عن عين بدين، والمبطل للعقد الافتراق عن دين بدين، وهذا لم يوجد.

١٤٣٤ ـ فَصْل: [استبدال رأس المال المستحق في المجلس]

ولو استحقَّ رأس المال فاستبدله في مجلس الاستحقاق لم يصحَّ العقد

---

(١) في ج (فيجوز) والمثبت من أ.

(٢) في ج (فأخذ) والمثبت من أ.

عندهما ؛ لأنَّ المستحقَّ إذا لم يجز فيه القبض انفسخ من أصله ، فكأنَّهما افترقا في المجلس الأوَّل من غير قبض .

وأمَّا الزيوف إذا رَدَّها لم تخرج من أن تكون مقبوضةً مملوكةً في المجلس ؛ فلذلك صحَّ العقد فيها [كالاستبدال](١) .

١٤٣٥ - فَصْـل: [إجازة المستحق القبض لرأس المال]

وإن أجاز المستحقُّ القبضَ جَاز السلم ، وقال زفر: لا يجوز .

لنا: أنهما افترقا عن قبض ليسَ لواحدٍ منهما فيه حقُّ فَسخ ، فصار كما لو قبض [ذلك من مال](٢) رَبِّ السَّلم ؛ ولأنَّهما لو افترقا عن قبض الزيوف فتجوَّز بها جاز ، وإن كانا افترقا مع ثبوتِ حقِّ الفسخ لأحدهما ، فإذا افترقا وليسَ لأحدهما حقُّ فسخ أولى .

وجَه قول زفر: أن المستحقّة لا تملك بالقبض ، فقد افترقا ولم تملك رأس المال ، فكأنَّه لم يقبضه .

١٤٣٦ - فَصْـل: [رد بعض رأس المال لوجود الزيوف]

وأمَّا إذا وجَد بعضها زيوفاً فردَّه ، فالقياس أن ينتقض العقد بقدره ، وهو قولُ [زفر](٣) والاستحسان: إذا كان يسيراً أن لا يبطل ، واختلفت الرواية في القدر اليسير ، فذكر محمدُ في الأصل: أنَّه يستبدل أقلَّ من النصف ، فإن كانت الزيوفُ

(١) في ج (كالاستلال) والمثبت من أ.

(٢) في ج (ملك) والمثبت من أ.

(٣) الزيادة من أ.

النصف بطل العقد فيها.

روىٰ بشر عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أنَّه يستبدل ما بينه وبين الثلث، فإن زادت علىٰ الثلث انتقض العقد فيها. وروي عنه رواية ثالثة: أنَّه لا ينتقض حتَّىٰ تكون الزيوف أكثر من النصف.

وجه رواية محمد: أن النصف إذا كان زيوفاً استوىٰ [الحظر](1) والإباحة، فكان الحكم للحظر.

وجه رواية بشر: أنَّ النبي ﷺ قال [لسعد]: «الثلث، والثلث كثير»(2). في حد الكثرة وأجاز الوصية به، فدل علىٰ أنه من الكثير الجائز، وما زاد عليه لا يجوز.

ووجْهُ الرواية الثالثة: أنَّ الحكم يتعلَّق بالأكثر، والأقل تبع له، فإذا كان الأكثر زيوفاً فكان الجميع زيوناً، وأما زفر: فذهبَ إلىٰ القياس: وهو أنه إذا رده انفسخ فيه القبضُ، فيرجع بموجبِ العقد بعد الافتراق، وهذا لا يجوز، واستحسن أصحابنا فقالوا: الدراهم لا تخلو من رديَّة وإن اجتهد الإنسان في النقد، فصار ذلك ما لا يمكن الاحتراز عنه، فلم يُعتدَّ به؛ حتَّىٰ لا يؤدي إلىٰ إبطال كل سلم.

ولأنَّ الدراهم لا تخلو من قليل غشٍّ تنطبع بهِ، [فكل ما](3) كان يَسيراً فهو مقيس علىٰ الغش. وأمَّا إذا استحق رأس المال بعد الافتراق فأجاز المُستحِقُّ جاز العقد؛ لأن ملك غيره عندنا يدخل في العقد، وإنَّما [يخرج](4) لعدم الإجازة،

---

(١) في النسخ (الطرف) والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٢) أخرجه البخاري في حديث طويل (٥٣٤٤، ٦٠١٢) وغيره.

(٣) في ج (فكما) والمثبت من أ.

(٤) في ج (يحرم) والمثبت من أ.

فإذا أجاز صار كأنَّه أذنَ في تسلميه ابتداءً.

١٤٣٧ ـ فَصْل: [الاختلاف في زيوف في بعض رأس المال]

قال أبو الحسن: فإن وَجَد البعض بهرجةً، أو زيوفاً، [أو][١] استحقَّ بعض رأس المال، فاختلفا فقال ربُ السلم: هو ثلث رأس المال، وقال المُسلم إليه: هو نصفه، فالقول قول رَبِّ السلم مع [يمينه][٢] إذا كانت زائفة أو بهرجة أو مستحقَّةً، فإن كانت ستوقةً أو رصاصاً فالقول فيه قول المُسلم إليه، وهو القابض؛ وذلك لأنَّ الزيوف والمُستحقَّة يَقعُ بها الاستيفاء، وقد اتَّفقا أن رأسَ المال دَخل في ضمان القابض، فالاختلاف فيما انفسخ فيه القبضُ بالردِّ، فالقول في ذلك قول رب السلم، وأما الستوقة والرصاص فلا يقع بها الاستيفاء، فقد اتَّفقا أنَّه لم يدخل في ضمان المُسلَم إليه إلا بعض رأس المال، فالقول قوله في ذلك البعض[٣].



(١) في ج (إذا) والمثبت من أ.

(٢) في ج (عينه) والمثبت من أ.

(٣) انظر الأصل، ٢/٣٨٧؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/١٣٣.

بَابُ
في قبض السلم

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا قبضَ ربُّ السَّلم السَّلَمَ، أو وكَّل بقبضه جاز؛ وذلك لأنَّ القبض موجب العقد، وموجب العقد إذا وليه العاقد جاز، وإن وكَّل [به] جاز؛ لأنَّ وكيله يقوم مقامه، فكأنَّه قبضَ بنفسه.

١٤٣٨ـ فَصْل: [الضمان يصير قصاصاً عن السلم]

قال أبو الحسن: وكذلك إذا حصل في ضمانه كُرّ(١) مثل السلم بعد عقد السلم بقبض، ثم حل السلم، فإنَّه يصير قصاصاً عن السَّلم، تقاصَّا أو لم يتقاصَّا إلىٰ آخر ما ذكره.

قال الشيخ رحمه الله: وجملة هذا أن المُسلم إليه إذا وجَب له علىٰ ربِّ السلم كرَّاً مثل كرِّه، فإنْ كان وجوبه بسبب متقدِّم علىٰ العقد، فإنَّه لا يصير قصاصاً وإن تقاصَّا، سواءٌ كان بعقد أو بقبض، وهذا مثل أن يكون قد أسلم إليه في كر، أو بايعه أو غصبه كُرّا.

وإن وجبَ له عليه كر بعد العقد والحلول؛ فهو علىٰ وجهين: إن وجَب

---

(١) والكُرُّ: مكيال لأهل العراق، وجمعه: أكرار، قال الأزهري: الكُرُّ ستون قفيزاً... وقال: وهو من هذا الحساب اثنا عشر وسقاً، وكل وسق ستون صاعاً» المغرب (كرر) وعلىٰ هذا الكُرُّ = ٧٢٠ صاعاً.
فعند الحنفية: ٣،٢٥ × ٧٢٠ = ٢٣٤٠ كيلو غرام.
وعند الجمهور: ٢،٠٤ × ٧٢٠ = ١٤٦٨،٨ كيلوا غرام.

بعقد لم يصر قصاصاً، وإن تقاصَّا، وإن وجبَ بقبضٍ مثل القرض والغصب صارَ قصاصاً، وإن لم يتقاصَّا، والأصل في ذلك: أن عقد السلم يوجب الاقتضاء، ولا يوجبُ القضاء؛ لأنَّ الاقتضاء [من موجب][(1)] العقد، والقضاء تصرُّفٌ في المعقود عليه، والتصرُّف في المسلم فيه لا يجوز.

والاقتضاء: كل قبض مضمون متأخِّر عن سبب الحق في مثله؛ بدلالة أنَّ من له على رجل مالاً فدفعه إليه، فالقابض مقتضٍ[(2)] لوجود هذا المعنى فيه، والمقتضي: مَن ثبت عليه الدين أخيراً، [والقاضي: من ثبت عليه الدين أوّلاً]؛ بدلالة أن مَن اقترضَ عشرةً فردَّها، فالمقترضُ مقتضي لأن العشرة التي قبضها صارت [بالردّ] دَيناً، ثم صارت قصاصاً، فهو الذي ثبت عليه الدينُ أخيراً، والمُستقرضُ قاضياً؛ لأنَّه الذي ثبت عليه الدين أولاً.

وإذا ثبت هذا الأصل قلنا: إذا وَجبَ الحقُّ على ربِّ السلم بسبب تقدّم عقده لم يصر قصاصاً تسلمُه؛ لأنَّه يصير قاضياً بالسلم دَيْنَه، وقد بيَّنّا أن السلم لا يُوجبُ القضاء.

وأمَّا إذا وجبَ عليه الحقُّ بعقد بعد [عقد] السلم لم يصر قصاصاً؛ لأنَّ حقيقة الاقتضاء لا تُوجدُ فيه، وهو القبضُ المضمون [المتأخر] في مثل الحق.

فإن وجبَ بقبض مضمون صارَ قصاصاً؛ لأنَّه وَجد حقيقة الاقتضاء، وهو القبض المضمون المتأخِّر عن العقد في مثل الحق، فأمَّا إن كان غصبه كراً قبل العقد، وبقي قائماً في يده إلى أن حَلَّ العقد، فجعله قصاصاً صَار قصاصًا، سواء

(1) في ج (مقتضى) والمثبت من أ.
(2) في أ (مقبض).

كان بحضرتهما أو لم يكن؛ لأنَّه مضمون في يَده، فإذا جعله قصاصًا [صار] مضموناً بنفس التقابض، فوقع عن المستحق.

ولو كان المُسلم إليه أودع ربَّ السلم كُرًّا قبل العقد أو بعده، فجعل المُسلم إليه قصاصًا لم يكن قصاصًا، إلا أن يكون بحضرتهما، أو يرجع ربُّ السلم فيخلِّي بين نفسه وبينه؛ وذلك لأنَّه أمانة في يَده فلم يوجد بالمقاصَّة القبضُ الذي يقتضيه العقد، فلم يكن بدٌّ من تحديد القبض.

وأما إذا غصَبه كرًّا بعد العقد قبل الحلول، ثم حلَّ السلم فإنَّه يَصيرُ قصاصاً؛ لأنَّ القبضَ إذا وجدَ بعد العقد جاز أنْ يكون اقتضاءً، ألا ترىٰ أنَّه لو قدّم إليه الحق علىٰ [أجله][1] جَاز، وإنما لا يَصير قصاصاً قبل حلول [الأجل][2]، لما فيه من إسقاط حقِّ المُسلم إليه من الأجل، فإذا حل الأجل والقبض حاصل في وقت يجوز أن يكون مقتضياً فيه، صحَّ الاقتضاء به.

وهذا كلُّه إذا كان الغصب في مثل الحق، فإن كان في أجود أو أردأ لم يصر قصاصاً في الجيِّد إلا برضىٰ المُسلم إليه؛ لما في ذلك من إسقاط حقِّه من الجودة، ولم يصر قصاصاً في الرديء إلا برضا ربِّ السلم؛ لما فيه من إسقاط حقِّه من الجودة.

١٤٣٩ـ فَصْل: [الصور التي لا تكون قبضًا في السَّلَم]

قال أبو الحسن: وإذا أمر ربُّ السلم المسلم إليه أن يكيل السلم في غرائر[3]

---

(١) في ج (أصله) والمثبت من أ.

(٢) في ج (أصله) والمثبت من أ.

(٣) «الغِرَارة: وعاءٌ من الخيش ونحوه توضع فيه الحبوب». المعجم الوجيز (غرر).

ربِّ السلم، أو يكيله فيعزله، لم يكن قبضاً حتَّىٰ يكون ذلك بحضرة ربّ السَّلَم.

وقالوا: فيمن اشترىٰ طعاماً بعينه فأمر المشتري البائع أن يكيله في غرائره ففعل، صار قابضاً، والفرق بينهما: أن في البيع قد ملكَ المشتري الطعام، وتعيَّن ملكه [فيه] فإذا أمره بكيله في غرائره، فقد أمره أن يتصرَّف في ملكه؛ فتعلَّق بأمره حكم غرائره يده؛ بدلالة أن المختلفين في طعام في غرائر أحدهما فالقول قول صاحب الغرائر فيه، وقد حصل في يده، فصار به قابضاً، كما لو قال كِلْه واحمله إلىٰ داري، ففعل.

فأمَّا السلم فلم يتعيَّن ملك ربّ السّلم في شيء، فإذا قال كِله فقد أمره أن يتصرَّف في غير ملكه، فلم يصحَّ أمره، فبقي كيل المسلم إليه بغير أمر، فلم يصر رب السلم بذلك قابضاً، وعَلىٰ هذا قالوا في مسألة البيع لو أمره بطحن الطعام صار بطحنه قابضاً، ولو أمره بطحن المُسلم فيه فطحنهُ لم يصر بطحنه قابضاً.

فإن قيل: فقد قال محمد في كتاب الصرف: إذا دفع إلىٰ صائغ نصف درهم وأمره أن يزيد عليه نصف درهم، ويعملهما خاتماً [له] ففعل، رجع عليه بنصفه، فجعله قابضاً بخلطه بماله، وإن كان الصائغ تصرف في ملكه.

والجواب: أَنا لا نعرف الجواب علىٰ هذا الوجه، وإنما ما فيه أنه يأخذ الخاتم ويضمن النصف له، فيجوز أن يكونَ لم يجعله قابضاً بالخلطة، وإنما جعله قابضاً بالتسليم، وإنما كان يصح هذا السؤال أن لو قال: هلك قبل التسليم ضمن، ولم يذكر هذا؛ ولأنَّه في مسألة الصياغة أمره بخلط الفضة بماله، والخلط من أسباب التمليك، فجاز أن يكون به قابضاً، فوِزَانه من مسألتنا أن نقول له: كِلِ الكُرّ واخلطه بكُريّ هذا ففعل، وقد قالوا: إنَّه يصيرُ بذلك قابضاً، فأمَّا الكيل في

الغرائر فليسَ بسبب من أسباب التمليك، فلا يصيرُ به قابضاً فيما لم يتعين ملكه فيه.

١٤٤٠ـ فَصْل: [متىٰ يصير القبض في السلم قبضًا]

مسألة: قال أبو الحسن: ولا يصير[١] القبض في السلم قبضاً ـ يجوز لرب السلم أن يبيعه وينتفع به ـ حتَّىٰ يكيله ويقبض بعد الكيل؛ لأنَّ «النبي ﷺ نهىٰ عن بيع الطعام حتَّىٰ يجري فيه الصاعان»[٢].

قال الشيخ رحمه الله: وجملة هذا أنَّ مَن اشترىٰ طعاماً مكايلةً (ثم باعه من آخر)[٣] لم يجز له التصرف فيه وإن قبضه حتَّىٰ يكيله، فإن كان البائع قد ابتاعه واكتاله من بائعه بحضرة المشتري أو رب السَّلَم، لم يجز لربِّ السلم ولا للمُشتري أن [يقتصر][٤] علىٰ ذلك الكيل، ولا يبيع ولا يأكل حتَّىٰ يكتاله ثانياً، وهذا معنىٰ نهيه ﷺ عن بيع الطعامِ حتَّىٰ يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري.

وإنما كان كذلك لأنَّ المكيل يزيد بإعادة الكيل عليه تارة وينقص أخرىٰ، فإذا زادَ وجب عليه ردُّ الزيادة علىٰ بائعه، فقبل الكيل لم يتعيَّن ملكه فيه، فلا يجوز له التصرُّف، وكذلك الوزن؛ لأنَّ الموزون إذا أُعيد الوزن عليه زاد أو نقص.

---

(١) في أ (يصحّ).

(٢) وتكملته: (صاع البائع وصاع المشتري) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٣١٥/٥؛ وأورده الهيثمي في المجمع وقال: «رواه البزار وفيه مسلم بن أبي مسلم الجرمي، ولم أجد من ترجمه، وبقية رجاله رجال الصحيح»، ٩٩/٤؛ الدراية ١٦١/٢.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في ج (يقبض) والمثبت من أ.

فأمَّا المذروعات فيجوز أن يبيعها وإن لم يُعد ذرعها ؛ لأنَّ المذروعَ لو زاد لم يجب ردَّ الزيادة علىٰ البائع ، وقد تعيَّن ملكُ المُشتري ، فجاز تصرُّفه.

وأمَّا المعدودات ففيها روايتان: والصحيح منهما: أنّه يجوز البيع قبل إعادةِ العد ؛ لأنَّها لا تزيد بإعادة العدِّ عليها إلا من غَلطٍ ، وفي الرواية الأخرىٰ: لا بدَّ من إعادة العدِّ ؛ لأنَّ العقد يتعلَّق علىٰ قدرها ، ألا ترىٰ أنها لو زادت وجبَ ردُّ الزيادة ، فصارت كالمكيل والموزون.

وهذا إذا كان الشراء مكايلة ، فأمَّا إذا كان مُجازفةً لم يحتج إلىٰ الكيل.

وقد ذكر محمد الأصل: أن المُسلم إليه لو اقترض الطعامَ بكيل ، وسلَّمه إلىٰ ربِّ السلم لم يحتج إلىٰ إعادة الكيل ؛ لأنَّ الكيل [إنما] يحتاج إليه لمعرفة القدر ، وقد عُرفِ ، وإنما الكيلان في [التبايع][1] للخبر ، وذكر محمد في هذا الفصل الاستشهاد المشكل[2].

١٤٤١ـ مَسْألة: [اشتراط القبض في موضع معين]

وإذا شرط ربُّ السلم أن يقبض السلم في مدينة أو مصر أو قرية ، فحيث سلَّمه المسلم إليه في ذلك الموضع ، فهو جائز ، وليس لربِّ السَّلم أن يتخير عليه للأماكن من ذلك الموضع ؛ وذلك لأنَّ المستحق علىٰ المسلم إليه من الشروط أدنىٰ ما يتناوله الاسم ، ألا ترىٰ أنَّه لو سلم ما سمىٰ جَيّدًا لم يلزمه أجود منه ، فكذلك إذا شرط التسليم في مدينة فسلم في طرفها ، فقد وجد ما يتناوله الاسم ،

---

(١) في ج (البائع) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣٧٢/٢.

فلا يستحقُّ عليه ما زاد على ذلك ، كما لا يستحق عليه ما زاد على اسم الجيّد[1].

١٤٤٢ ـ فَصْل: [التسليم دون المكان المشروط فيه]

قال وإن سَلم [إليه] دونَ ذلك المكان الذي شرط ، فلرب السَّلَم أن يأتي ؛ لأنَّه دفع إليه أقل مما استحقَّه بالعقد ، فصار كما شرط الجيِّد فأعطاه رَدِيئاً.

١٤٤٣ ـ فَصْل: [إعطاء الأجر إن أسلم دون المكان]

قال: فإن أعطاه على ذلك أجراً لم يجز له أخذ الأجر ، وقيل له: إن شئت فردَّ الأجر وخذ السلم، وإن شئت فردَّه عني يسلِّمه إليك حيث شرط لك ، والأصل في ذلك: أنَّه لما سَلَّمه إليه [فقد] ملكه ، فإذا أعطاه الأجرة لحمله فقد أخذ الأجرة من غيره ، لنقل ملكِ نفسه ، وهذا لا يصحُ.

ثم ربُّ السلم بالخيار ؛ لأنَّه لم يرض بإسقاط حقِّه من التسليم إلا بعوض ، فإذا لم يسلم له عادَ حقّه ، فإن شاء أخذ دونه ، وإن شاء ردَّه ، وطالبه بحقِّه.

وقد قالوا في المشتري: إذا صالح الشفيع على دراهم ليسقط [شفعته][2] ، [فلو] ردَّ الدراهمَ لم تعد الشفعة ، وإنما لم يصح أخذ العوض عن إسقاط الشفعة ؛ لأنَّ المشتري مالك للدار قبل التسليم وبعده على وجهٍ واحد ، فلم تملك بإزاء العوض شيئاً ؛ فلذلك وجب ردُّ العوضِ ، وإنما بطلت الشفعة لأنَّها حقٌ ضعيف ، ألا ترى أنها تبطل بالسكوت والإعراض عن المطالبة ، وأخذ العوض إعراض عن المطالبة ، وليس كذلك العيب في المبيع ، وما [جرى مجرى][3] العيب مثل

(١) انظر: الأصل ، ٣٨٩/٢.
(٢) في ج (بشفعته) والمثبت من أ.
(٣) في ج (أجرى) والمثبت من أ.

مسألتنا؛ لأنَّه حق قويٌّ لا يسقط بترك المطالبة والإعراض؛ فلذلك لم يسقط بالصلح إذا لم يسلم العوض المشروط.

وقد قالوا في الكفيل بالنفس: إذا صالح على مال لإسقاط الكفالة أنَّه لا يصحُّ أخذ المال؛ لأنَّ الكفالة [بالنفس حق ليس فيه معنى المال، فلا يجوز الصلح على مال، وهل تسقط الكفالة؟] فيه روايتان: إحداهما: لا تسقط؛ لأنَّ المكفول له لم يرض بإسقاطها إلا بعوض، فإذا لم يسلِّم له بقي حقّه، وفي الرواية الأخرى تسقط؛ لأنَّ إسقاطها لا يقف على عوض، فإذا أسقطها بعوض فبطل من طريق الحكم، لم يبطل الإسقاط كالخلع والعفو عن دم العمد.

فإن قيل فإسقاط الحقِّ في مسألة السلم لا يقف على عوض؛ فبطلان العوض فيه لا يُوجبُ بطلانه، قلنا: هذا الحق لا يصحُّ إسقاطه، ألا ترى أنَّ ربَّ السلم لو قال أسقطت حقِّي من التسليم في البلد لم يسقط، وإنما إذا قبض المسلم [فيه] في غير ذلك المكان ملكه بالقبض، والتسليم في المكان صفة للملك، فسقط بسقوط الحق عن الذمَّة، فإذا ردَّه عادت الصفة بعوده(١).



(١) انظر: الأصل، ٢/٤٠٢، ٤٠٣.

بَابُ
اختلاف المتعاقدين في السَّلم



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا اختلف العاقدان في السَّلَم فيما ملك كل واحد منهما على صاحبه، تحالفا وترادَّا، وقد كان القياسُ عندنا نفي التحالف، وإنما تركوا القياس للخبر، ذكر ذلك محمد في الأصل، وقال: القياس أن يكون القول قول البائع، [وكذلك روى][1] أبو يوسف عن أبي حنيفة.

وذكر محمد في الدعوى قياساً آخر فقال: إذا اختلفا، فقال البائع: بعتُ بألفين، وقال المشتري: بألف، فالقياسُ أن يتحالفا، ويكون بيعاً بالألفِ.

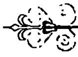
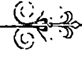
والاستحسان: أن يُفسخ العقد، وكان أبو الحسن يقول: إن الخبر ورد بمقتضى القياس.

وجهُ القياس: أنَّهما اتَّفقا أنَّ المبيع دخل في ملك المشتري وإنما اختلفا في الثمن، وهو دين في الذمَّة، والاختلاف في الديون لا يُوجب التحالف؛ ولأنَّ الاتفاق حصل على انتقال الملك في المبيع، واختلفا في قدر الثمن، فلو تحالفا لفسخنا الملك في المبيع، ولا يجوز أن يفسخ بالتحالف ما لم يختلفا فيه، كما لا يفسخ عقد آخر، وإنما تركوا القياس للخبر، وهو قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان، فالقول ما قال البائع، أو يترادَّان»[2]، روى ابن مسعود أنَّ النبي ﷺ

---

(١) في ج (وذلك رواه) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى ١/١٥٨؛ والترمذي (١٢٧٠)؛ ابن ماجه (٢١٨٦)؛ البيهقي في الكبرى ٥/٣٣٣؛ مالك في الموطأ (١٣٥٠)؛ الدارقطني في السنن ٣/٢١ وغيرهم.

قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها، تحالفا وترادَّا»[1].

وجهُ ما قاله أبو الحسن: أن اختلافَ الأبدال يوجبُ اختلاف العقود، فصار كل واحد منهما يدَّعي عقداً غير العقد الذي يدعيه الآخر، فيحلف المدَّعىٰ عليه، وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّه يتصورُ اختلاف البدل، والعقد واحد بأن يزيد المُشتري في الثمن أو ينقص البائع.

[ولا يقال: فما][2] تقولون إذا قال أحدهما: بعتُ بدنانير، وقال الآخر: اشتريت بدراهم؛ قلنا: يجوز أن يكون عقداً واحداً اشترىٰ بالدراهم وزاده [المشتري][3] دنانير، وحط البائع الدراهم، فيكون العقد واحداً، وإن اختلف جنس البدل فيه.

ووجْهُ القياس الذي ذكره محمدُ في الدعوىٰ: أنهما اتَّفقا علىٰ الألف واختلفا في الزيادة، والتحالف يسقط ما اختلفا فيه دونَ ما اتَّفقا عليه، إذا ثبت هذا قلنا: إذا اختلفا في قدر رأس المال أو صفته أو جنسه، مثل أن يقول أحدهما: كُرّ حنطة، ويقول الآخر: شعير، أو يقول أحدهما: دراهم، والآخر: دنانير، أو يقول أحدهما: جيِّد، والآخر: وسَط، فإنهما يتحالفان؛ لأنَّهما إذا اختلفا في الجنسِ أو القدر، فقد اختلفا في قدر نفس المعقود عليه، والاختلافُ في ذلك يقتضي التحالف.

وأما إذا اختلفا في الصفة فلأن المعقود عليه في الذمة، والثابت في الذمَّة

---

(١) الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة باختلاف في الألفاظ بزيادة ونقصان. كما في نصب الراية ١٠٥/٤؛ والدراية ١٧٧/٢.

(٢) في ج (ولأنهما يقولون) والمثبت من أ.

(٣) في ج (المسمىٰ) والمثبت من أ.

هو الصفات، فصار الاختلافُ فيها اختلافاً في المعقود عليه.

وكذلك المسلم فيه إذا اختلفا في جنسه أو قدره لما ذكرنا. وإن اختلفا في صفته مثل الذرع والجودة، تحالفا؛ لأنَّ المعقودَ عليه هو الصفات وليسَ كذلك إذا اختلفا في صفة المبيع؛ لأنَّ الصفة في الأعيان ليست بمعقود عليها، والخلاف في غير المعقود عليه لا يُوجب التحالف.

وأمَّا إذا اتَّفقا علىٰ رأسِ المال والمُسلم فيه، واختلفا في شرائط العقدِ؛ فإن اختلفا في المكان قال أبو حنيفة: القول قولُ المُسلم إليه، ولا تحالف، وقال أبو يوسف ومحمد: يتحالفان.

لأبي حنيفة: أنَّه اختلاف في غير المعقود عليه، فصار كالخلاف في الاستيفاء والخلاف في البراءة من العيب.

لهما: أنَّ المعقود عليه يختلفُ باختلاف الأماكن، والاختلاف في الأماكن كالاختلاف في نفس المعقود عليه، فيتحالفان(١).

١٤٤٤ـ فَصْل: [اختلاف المتعاقدين في أَجَل السَّلَم]

وأمَّا إذا اختلفا في الأجل؛ فهو علىٰ وجوه: إن قال أحدهما: اشترطت الأجل، وقال الآخر: لم تشرط، فإن كان الذي يدَّعي الأجل ربُّ السلم فالقول قوله؛ لأنَّ الأجل حقٌّ عليه، وقد اعترفَ به، وهو حق للمسلم إليه، جحده ليبطل العقد، فلا يُقبل قوله.

وإن ادَّعىٰ المُسْلَم إليه شرط الأجل وأنفاه ربُّ السَلم، فالقياس أن يكون

(١) انظر: الأصل ٤٠١/٢.

القول قول ربِّ السلم، ويبطل العقد.

والاستحسانُ: أن يكون القول قول المُسلم إليه، ويصحُّ العقد عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذي ينفي الأجل.

وجْهُ القياس: أنَّ الأجل حقٌّ للمطلوب في مالِ الطالبِ، فإذا لم يعترف الطالبُ به لم يثبت.

وَوجهُ الاستحسان: أن دخولهما في العقد اعترافٌ بصحّته، والذي ينفي الأجل يدَّعي الفسادَ، فلا يُقبل قوله؛ ولأنَّ السَّلَم عبارة عن عقد يتضمَّن تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر، وقد اعترفا بدخولهما في السلم، وذلك اعتراف بالتأجيل، فلا يقبل رُجوع من يَرجع عنه.

فإن ادَّعىٰ المُسلَم إليه شهرين، واعترف ربُّ السلم بشهر، فالقول قول ربِّ السلم؛ لأنَّ الأجل حقٌّ عليه، فوجبَ أن يثبت منه مقدار ما اعترف به دُون غيره.

١٤٤٥ـ فَصْـل: [من يقبل قوله يكون مع اليمين]

قال وكل مَن جعلنا القول قوله في هذه الفصول، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنَّ كل مَن جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومةُ والشيء ممَّا يصحُّ بدله؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لقوله ﷺ: «اليمين علىٰ المُنكر»[1].

وأيُّهما أقامَ البيِّنة فيما اختلفا فيه فالبيِّنةُ بيِّنتُه؛ لأنَّها بيِّنة قابلتها الدعوىٰ والبيِّنة مقدَّمةٌ علىٰ الدَّعوىٰ، ولا يلزم إذا ادَّعىٰ عيناً في يد غيره، فأقام صاحبُ

(١) أخرجه البخاري بلفظ (أن النبي ﷺ قضىٰ أن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه) (٢٣٧٩).

اليد البيِّنة على الملك ؛ لأنَّ بيِّنة صاحب اليد [غير] مقبولة ، فلا يُسمَّى بيِّنة .

ومَن نكل منهم عن اليمين قُضي عليه بدعوى صاحبه ؛ لأنَّ النكول بذل عند أبي حنيفة ، وبذل هذه المعاني يصحُّ من طريق الحكم ، وعندهما : النكول قائم مقام الإقرار ، والإقرار بهذه المعاني يصحُّ .

فإن أقاما جميعاً البيِّنة ، فالبيِّنة التي تُثبت الزيادة أولى ؛ لأنَّ فيها معنًى زائداً .

١٤٤٦ـ فَصل : [الاختلاف في مُضِيّ أَجَل السَّلَم]

وإن اتَّفقا أن الأجل [شهر](١) ، فقال ربُّ السلم قد مضى ، وقال المسلم إليه لم يمضِ ، فالقول قول المُسلم إليه ؛ لأنَّ رب السلم اعترف له بالحق الذي هو أجل ، وادَّعى الإيفاء بمضيِّ المدَّة ، فلا يقبل قوله .

فإن أقام أحدهما بيِّنة ؛ فالبيِّنة بيِّنته ، لما بيَّنَّا أنَّ البيِّنة مقدَّمة على الدعوى .

وإن أقاما جميعاً البيِّنة ؛ فالبيِّنةُ بيِّنةُ المسلم إليه ؛ وذلك لأنَّ ربَ السلم اعترفَ للمسلم إليه بحقٍّ وهو التأجيل في رجب ، وأنَّه وفاه فأقام على ذلك بيِّنة ، وادَّعى المسلم إليه حقّاً آخر ، وهو التأجيل في شعبان ، وأقام عليه البيِّنة ، فكانت بيِّنته أولى ، كمن ادَّعى على غيره ديناراً وأقام بيِّنة ، واعترف المدَّعى عليه بدرهم ، وأقام البيِّنة أنَّه وَفاه ، فلا يَسقط الدينار الذي قامت عليه البيِّنة(٢) .



---

(١) في أ (شهران) .

(٢) انظر : الأصل ٣٨٤/٢ وما بعدها ، شرح مختصر الطحاوي ١٣٣/٣ .

بَابُ
اختلافهما في رأس المال



قال أبو الحسن: إذا اختلفا في رأس المال فقال أحدهما: دينار، وقال الآخر: عشرة دراهم، أو قال أحدهما: كُرّ شعير في مئة من زيت، وقال الآخر: كر حنطة في مئة [من زيت][1]، وأقاما جميعاً البيِّنة، فكانت البيِّنة بيِّنة المُسْلَم إليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أقضي بالبيِّنتين، وأجعله سَلَمين.

(وروى ابن سماعة عن أبي حنيفة: أنهما إذا اختلفا في جنس رأس المال وأقاما بَيِّنة تقضى بسلمين)[2]، فإن قال ربُّ السلم: أسلمت إليك هذا العبد في كُرّ حنطة، وقال المسلم إليه: هذه الجارية في كر شعير، وأقاما البيِّنة، قضي بسَلمين في قولهم، فإن قال المُسَلم إليه: أسلمت إليّ العبد والأمة في كُر حنطة، وقال رب السلم: أسلمت إليك العبد في كر حنطة، وأقاما بيِّنة فالبيِّنة بيِّنة المسَلم إليه، ويقضي بسَلم واحد في قولهم [جميعًا]، فكان الحاصل من مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّهما يقضيان بسَلم واحد إلَّا أن لا يمكن ذلك، فيُقضى بسَلمين، ومن أصل محمد: أنَّه يقضى بسَلمين إلا أن لا يمكن ذلك، فيقضى بسلم واحد.

وَجْهُ قولهما: أنَّهما اتَّفقا أنَّه لم يجرِ بينهما إلا عقد واحد، فلو قضينا بعقدين

(١) في ج (من) والمثبت من أ.

(٢) ساقطة من أ.

من غير ضرورة، قضينا بعقدٍ اتِّفقا على إسقاطه، وهذا لا يَصحُّ، فإذا ثبت هذا قالا: إذا اختلفا في قدر رأس المال، والجنس الواحد يدخل بعضه في بعض، ألا ترى أن مَن أقرَّ لواحد بخمسة، ثم أقرَّ بعشرة، دَخلت الخمسةُ فيها، فيجعل الأقل داخلاً في الأكثر، ويقضي بالبيِّنة التي اقتضت الزيادة، وليس كذلك إذا كان رأْس المال من جنسين؛ لأنَّ أحدَ الجنسين لا يدخل في الآخر، فلم يمكن جعلهما عقداً واحداً، فقضينا بسَلمين للضرورة.

وجْهُ ما روى سماعة عن محمد عن أبي حنيفة: أن رأس المال إذا لم يكن بعينه، فهو في حكم الثمن، والمسلم فيه في حكم المبيع.

والاختلاف في قدر الثمن وجنسه سواء في أن البينة بينة المستحق دون غيره، وليس كذلك إذا كان رأس المال عيناً واختلفا؛ لأن الأعيان لا تجوز أن تكون أثماناً، وإنما تكون مبيعة، والاختلاف في العين المبيعة إذا أقيم عليها البينة لا يختص الحكم فيها بإحدى العينين دون الأخرى، بل يقضى بعقدين إذا أمكن ذلك؛ فلذلك يحكم بسلمين.

ووجه قول محمد: أن الشهود أمناء [فمهما][(١)] أمكن حمل قولهم على الصحة فهو أولى من حمله على الفساد، [وهاهنا][(٢)] يمكن بأن يقضي بالعقدين، فيكون ذلك قبولاً [للبيِّنَتين][(٣)] جميعاً ما أمكن، وليس كذلك إذا قال أحدهما: أسلمت هذا العبد في كر، وقال الآخر: هذا العبد وهذه الأمة؛ لأنه لا يمكن

(١) في ج (فما) والمثبت من أ.
(٢) في ج (وذلك) والمثبت من أ.
(٣) في ج (يلتبس) والمثبت من أ.

الحكم بالعقدين ؛ إذ رأس المال في أحد العقدين هو رأس المال في العقد الآخر ، والشيء الواحد لا يكون بدلاً في عقدين فلذلك قضي بسلم واحد.

١٤٤٧ـ فَصْل: [الاختلاف في رأس المال]

قال: وإن قال رب السلم أسلمت إليك مائة درهم في كُرَّي حنطة ، وقال الآخر أسلمت إليّ مائتي درهم في كر حنطة ، وأقاما بينة ، حُكم بما يبين في كرين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن أقل الجنسين يدخل في أكثرهما فيقضى بما تضمنته كل واحدة من البينتين من الزيادة ، وقال محمد: يقضى بسلمين مائة في كرين ، ومائتين في كر ؛ لأنه قد أمكن حمل البينتين على الصحة ، فكان الحكم [تصحيحهما][1] أولى من إبطال أحدهما[2].

تمّ كتاب البيوع بحمد الله ومَنِّه وحسن توفيقه

والصلاة على رسوله محمدٍ وآله الطيّبين الطاهرين

يتلوه كتاب النكاح بمشيئة الله وعونه



---

(١) في ج (بصحتهما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢/٤٠١ ، ٤٠٢.

[٣٨] كتاب النكاح

رب يسّر ولا تعسر



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: النكاح(١) في اللغة: حقيقته الوطء، تقول العرب: تناكح [الشيئان](٢) إذا تداخلا.

وقالوا: (أنكحنا الفرا فسنرىٰ)، يضربون بذلك مثلاً للأمر الذي يجتمعون عليه فينظرون ماذا يكون منه. وهو مجاز في العقد؛ لأنه يتوصل به إلىٰ الوطء فسمي نكاحاً، كما يُسمىٰ الكأس خمراً، ولهذا لا يُسمىٰ العقد الذي لا يتوصل به إلىٰ الوطء نكاحاً، [ويسمىٰ كل وطءٍ نكاحًا](٣).

وقد قال الشافعي: النكاح في الشرع عبارة عن العقد؛ لأن الله تعالىٰ لم يذكر النكاح في القرآن إلا والمراد به العقد(٤).

وهذا لا يصح؛ لأنه قد ذكر النكاح في القرآن والمراد به الوطء.

قال الله تعالىٰ: ﴿ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ

---

(١) النكاح ـ واختلف في معناه، واختار أكثر المحققين ـ: «أنه الضم والجمع، وسمي نكاحًا؛ لما فيه من ضم أحد الزوجين إلىٰ الآخر». أنيس الفقهاء ص١٤٥.
وذهب الحدادي: بأن «النكاح في اللغة: حقيقة من الوطء، هو الصحيح، وهو مجاز في العقد، يتوصل به إلىٰ الوطء، فسمي نكاحًا، كما سمي الكأس خمرًا». الجوهرة ٢/١.
وشرعًا: «عقد موضوع لملك المتعة» كما ذكره القونوي.

(٢) في ج (اثنان) والمثبت من أ.

(٣) الزيادة من أ.

(٤) انظر: الحاوي للماوردي ٩/١١؛ المعجم الوسيط (نكح).

﴿أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٣] والمراد بذلك الوطء.

وما أريد به العقد في القرآن فإنما حمل عليه بدليل كقوله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥] لأن الوطء لا يقف علىٰ الإذن، فعلم أن المراد بالآية العقد، وقوله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾ [النساء: ٣]؛ (لمَّا ذكر العدد علم أن المراد بالنكاح العقد)[١]؛ لأن الوطء لا [يتقدر][٢] (والنكاح عقد جائز)[٣] بدليل قوله تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [النور: ٣٢] وقال: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾ [النساء: ٣]، وقال النبي ﷺ: «**تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم**»[٤]، وبعث ﷺ والناس يتناكحون فأقرَّهم علىٰ ذلك، وتقريره دلالة علىٰ الجواز.

قال أبو الحسن: قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وقال: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِي ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾ [النساء: ٣]. فحث علىٰ النكاح ترغيباً من غير إيجاب له، فالنكاح عندنا مستحب وليس بواجب، وقال

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ج (يتعدر) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن، ٥/ ٢٢٠ عن الشافعي بلاغًا؛ وعبد الرزاق في مصنفه، ٦/ ١٧٣؛ وأورده ابن حجر في التلخيص الحبير، ٣/ ١١٦.

نفاة القياس: [إنه] واجب[1].

والدليل على ما قلناه قوله عليه [الصلاة و] السلام: «**من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فليصم، فإن الصوم له وجاء**»[2]، فأقام الصوم مقام النكاح [والصوم] ليس بواجب، والواجب لا يقوم مقامه ما ليس بواجب؛ ولأن الصحابة [٧٨/أ] كان فيهم من لا زوجة له، وكانوا يفتحون البلاد ويعلمون الناس الشرائع، ولم ينقل أنهم علموهم وجوب النكاح، ولو فعلوا ذلك لنقل عنهم من طريق الاستفاضة؛ ولأنه سبب يتوصل به إلى الوطء كشراء الجارية؛ ولأنه عقد معاوضة كالبيع؛ [ولأنه نوع تلذذ كالطعام الناعم][3].

احتجوا: بقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾ [النساء: ٣]، وهذا لا دلالة فيه؛ لأنه ذكر العدد ولا خلاف أن العدد ليس بواجب.

واحتجوا: بقوله ﷺ: «**تناكحوا تكثروا**»[4]. وهذا لا دلالة فيه؛ لأن النسل إنما يكون من الوطء، والوطء ليس بواجب.

واحتجوا: بما روي أن النبي ﷺ قال لرجل يقال له عكّاف: «**ألك زوج؟**

---

(١) قال ابن حزم: «وفرض على كل قادر على الوطء إن وجد من أن يتزوّج أو يتسرى أن يفعل أحدهما ولا بد...» المحلى ص١٥٨٨ (الأفكار الدولية).

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٤٧٧٨)؛ ومسلم (١٤٠٠).

(٣) مزيدة من أ.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، ١٧٣/٦؛ والبيهقي في معرفه السنن ٢٢٠/٥؛ وأورده ابن حجر في التلخيص الحبير وقال: «والمحمدان ضعيفان وذكر البيهقي عن الشافعي أنه ذكره بلاغاً..» ١١٦/٣.

قال: لا. قال: ألك جارية؟ قال: لا. قال: تزوج فإنك من إخوان الشياطين»[(١)].

وهذا لا دليل فيه؛ لأن خبر الواحد لا يثبت به وجوب ما يعم به البلوىٰ، ولأنه يجوز أن يكون علم من طريق [الوحي][(٢)] أنه إذا لم يتزوج زنىٰ.

واحتجوا: بأن الامتناع من الزنا واجب، ولا يتوصل إليه إلا بالنكاح وما لا يتوصل إلىٰ الواجب إلا به فهو واجب.

وهذا غير مُسَلَّم به؛ لأنه يتوصل إلىٰ ترك الزنا بالصوم كما قاله رسول الله ﷺ.

قال أبو الحسن: قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، والأيم: الرجل الذي لا امرأة له، والمرأة التي لا زوج لها.

وروي ذلك عن ابن عباس وأبي عبيدة: أن الأيم المرأة التي لا زوج لها، يقال: رجل أيم وامرأة أيمة وأيم[(٣)].

وأنشد أبو عبيدة:

فإن تنكحي أنكح وإن تتأَيَّمي ❊ وإن كنت أفتىٰ فيكُمُ أتأَيَّم[(٤)]

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير، ١٨/٨٥، (بلفظ مختلف)؛ وعبد الرزاق في المصنف ٦/١٧٢؛ وأحمد في المسند، ٥/١٦٣؛ وأبو يعلىٰ في مسنده، ١٢/٢٦١؛ وأورده الهيثمي بطوله وقال: «رواه أبو يعلىٰ والطبراني وفيه أبو معاوية بن يحيىٰ الصدفي وهو ضعيف». ٤/٢٥١.

(٢) في ب (الوطئ) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الصحاح (أيّم).

(٤) البيت أنشده صاحب (اللسان) عن بري:

فإن تنكحي أنكح وإن تتأيّمي ❊ (يد الدهر ما لم تنكحي) أتأيّم

لسان العرب (أيّم).

وقال ابن السكيت:

يقولون إزلٌ حُبُّ ليلى وودُّها ❊ وقد كذبوا ما في مودتها إزلُ
وأقسم إن الغُسْل ما دمت أيمًا ❊ عَلَيَّ حرامٌ لا يَمَسُّنِيَ الغُسْلُ[1]

وقال النابغة:

وكم من أسيرٍ في الحديد مكبَّلٌ ❊ وكم بطلٍ غادرته عند معطفِ
وكم أيّم قد أنكَحَتْها رماحُنا ❊ وأخرىٰ علىٰ عمٍّ وخالٍ تَلَهّفِ

ومعلوم أنه [لم] يفتخر بسبي الثيّب خاصة.

ومن دعاء النبي ﷺ: «**اللهم إني أعوذ بك من بوار الأيم**»[2]. وقال في حديث علىٰ رضي الله عنه: «**ثلاث لا تؤخرن: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا وضعت، والأيم إذا وجدت لها كفؤاً**»[3]. وقال ﷺ: «**ألا أيم صالح نزوجها عثمان فقد زوجناه ابنتين، ولو كانت عندنا ثالثة زوجناه**»[4]. ومعلوم أنه لم يندب الثيب دون الأبكار.

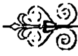
واحتج محمد بقوله ﷺ: «**الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في**

(١) الإزل: الكذب: والبيتان لابن دارة كما في كتاب «إصلاح المنطق» لابن السكيت، وصدر البيت الثاني: (فيا ليل إن...) بدل (وأقسم إن...).

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، ١/٢١٨؛ وأورده ابن عبد البر في التمهيد، ١٩/٨٣.

(٣) أورده العجلوني في كشف الخفا وقال: «رواه أبو نعيم؛ والترمذي وقال: غريب منقطع؛ والعسكري في الأمثال؛ والحاكم؛ والشيخان عن عليّ رضي الله عنه. ٢/٥١٧.

(٤) أخرجه أبو القاسم في تاريخ دمشق، ٣٩/٤٦؛ وأورده المتقي الهندي في الكنز ١٣، ٢٦؛ خلاصة سير سيد البشر، ١/١٤١.

نفسها»[1] ، ففرق بين الأيم والبكر.

وهذا لا يصح ؛ لأنه ﷺ خصَّ بالذكر الأيم الثيب ، وتخصيص الذكر لا يدل علىٰ تخصيص الاسم.

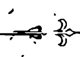
ألا ترىٰ أنه قد خصَّ الأيم [٧٨/ب] البالغة العاقلة بهذا القول ، ولا يدل علىٰ أن من شرط استحقاق الاسم وجود العقل ، فكذلك الثيوبة. والله تعالىٰ أعلم بالصواب وإليه المآب[2].



---

(١) أخرجه مسلم (١٤٢١) وغيره من أصحاب السنن.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٣٢٤.

بَابٌ
ذكر ما حرَّم الله تعالى في كتابه



قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢]. وقال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ٢٣] الآية.

قال ابن عباس: حرم الله تعالى سبعة بالنسب وسبعة بالسبب.

فأما اللواتي بالنسب فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾.

وأما التي بالسبب فقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] والسابعة قوله ﷻ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢].

وكان أبو الحسن يقول: إن الله حرم في هذه الآية سبعة أضرب من التحريم، فمنهن من حرمها بالعقد كأم المرأة، وحليلة الابن، وامرأة الأب، ومنهن من حرمها بالعقد والوطء وهي الربيبة، ومنهن من حرمها بالوطء وهي الموطوءة أمها وبنتها بملك اليمين، وتحريم بالرضاع، وتحريم بالنسب، وتحريم بالجمع، وتحريم لذوات الأزواج.

ونحن نتكلم في تفصيل ذلك:

قال الله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فأمُّ الرجل حرام عليه، وجداته أيضاً، فمن قال: إن اللفظ الواحد يحمل علىٰ الحقيقة والمجاز حرَّمهن بالآية، ومن قال إن اللفظ لا يحمل عليهما، حَرَّمَ الأم بالآية والجدات بالإجماع.

وقال تعالىٰ: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فبنت الرجل حرام عليه، وبنات أولاده وإن سفلن علىٰ الطريقة التي قدمنا أن بنت الصلب حرام بالآية ومن سواها بالإجماع.

وقال تعالىٰ: ﴿وَأَخَوَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فالأخت حرام بالآية: وهي كل من انتسب إلىٰ أحد الأبوين، فيدخل في ذلك الأخوات المتفرقات [لأنهن ينسبن إلىٰ أحد الأبوين](١).

وقال تعالىٰ: ﴿وَعَمَّٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فعمة الرجل حرام عليه بالآية، وعمة أبيه وعمة جده حرام عليه بالإجماع.

---

(١) ساقطة من الأصل.

وقال تعالى: ﴿وَخَٰلَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فخالة الرجل حرام عليه، وخالة أبيه وخالة أمه حرام عليه بالإجماع.

وقال تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣]، فحرم الأخت وولدها، وحرم العمة والخالة دون ولدهما، فولد العمة والخالة حلال، [وقد قال ﷺ: «**العمة والخالة أم**»(١)]، وولد الأخت حرام، وكذلك بنات الأخ فهذا التحريم من جهة النسب.

ثم قال تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، فهذا يدل على تعلق التحريم بالرضاع، وقد دل عليه قوله عليه السلام: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**»(٢).

وقال تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فأم الزوجة حرام على الزوج، دخل بزوجته أو لم يدخل.

وقال [٧٩/أ] بعض(٣) الناس: لا تحرم حتى يدخل على بنتها، وحكي عن ابن شجاع مثله، وقد حكى أصحاب الخلاف ذلك عن علي عليه السلام.

قال الشيخ: إلا أني رأيت عنه مثل قولنا، والدليل على ما قلناه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أن النبي عليه السلام قال: «**إذا نكح الرجل المرأة**

---

(١) الحديث روي عن عليّ بن أبي طالب في حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب بلفظ: (والخالة أم)، أخرجه أبو داود (٢٢٧٨)؛ والنسائي في الكبرى (٨٥٧٩)؛ والحاكم في المستدرك ٢٣٢/٣؛ والبيهقي في الكبرى ٦/٨..

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٠١).

(٣) في أ (بشر المريسي).

ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فله أن يتزوج ابنتها، وليس له أن يتزوج الأم»[1].

وقد رُوي مثل قولنا عن علي وعمر ﭫ، وقال ابن عباس: أبهموا ما أبهم الله ﷻ.

ورُوي أنّ ابن مسعود قال: لا تحرم الأم بالعقد، فلما قدم المدينة كلمه في ذلك عمر وعلي وقالا: إنها مبهمة، فرجع إلىٰ قولهما.

واحتج بعض[2] الناس بقوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]، قال: والمعطوف بعضه علىٰ بعض إذا تعقبه لفظ شرطٍ عاد إلىٰ جميعه كمن قال: امرأته طالق، وعبده حرٌّ إن دخل الدار، وهذا لا يصح؛ لأن الشرط إنما يعود إلىٰ الجميع إذا أمكن ذلك، ولا يمكن رد الشرط هاهنا إلىٰ أمهات النساء؛ لأنه قد استقر في اللغة: أن العامل في الصفة هو العامل في الموصوف، وأن المعمول الواحد لا يكون معمولاً لعاملين، فإذا ثبت هذا، فقوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] جر بالإضافة، وقوله: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ [النساء: ٢٣]، جر بحرف الجر، فلو عاد قوله تعالىٰ: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ إليهما لصار معمولاً بالإضافة وحرف الجر.

وقد بينا أن المعمول الواحد لا يجوز أن يكون معمولاً لعاملين.

وقال تعالىٰ: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]، فربيبة الرجل حرام [عليه] إذا دخل بأمها، فإن لم

---

(١) أخرجه الترمذي (١١١٧).

(٢) في أ (بشر).

يدخل بأمها حتىٰ فارقها جاز له أن يتزوجها، ويستوي في تحريم الربيبة أن تكون في حجره أو حجر غيره، ورُوي عن علي عليه السلام: **(أنها لا تحرم إلا أن تكون في حجره)**(١).

لنا: أن التحريم المؤبد لا يعتبر فيه القرب والبعد، كأمهات النساء.

وإنما شرط الله تعالىٰ كونها في حجره؛ لأن العادة أن الربيبة تكون في حجرة زوج أمها، فخرج الكلام علىٰ المعتاد، كما قال ﷺ **(في خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض)**(٢).

وقال الله تعالىٰ ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، فحليلة الرجل حرام علىٰ أبيه دخل [الابن] بها أو لم يدخل؛ لأنها [مبهمة](٣) فيختص التحريم بها دون غيرها، فيجوز للأب أن يتزوج بأمهاتها وبناتها.

وقوله تعالىٰ: ﴿ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، إنما ذكره لأن العرب كانت تستلحق [الابن] بالتبني، وينسبون ذلك إلىٰ أنفسهم بالبنوة إلىٰ أن نهىٰ الله تعالىٰ بقوله: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥]، فخص الله تعالىٰ البنين من الأصلاب ليبين أن امرأة الابن من التبني ليست محرمة.

وامرأة ابن الابن وإن سفل حرام [٧٩/ب] إما بظاهر الآية علىٰ قول من جَوَّز

---

(١) أورده الكاساني في البدائع ٢/٢٥٩.

(٢) «رواه الطبراني في الكبير، وأبو عبيدة لم يسمع من أبيه» كما قال الهيثمي في المجمع، ٣/٧٥؛ ابن أبي شيبة في المصنف، ٢/٣٥٩.

(٣) في ج (متهمة) والمثبت من أ.

حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز، أو بالإجماع على قول من منع ذلك.

ولا يقال: كيف يقال لولد الولد [أنه ابن][1] الصلب؛ لأن ذلك لا يمتنع إذا كان أصلهم [للصلب][2]، كما قال الله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ﴾ [غافر: ٦٧].

وإن كانت هذه الصفة لأول الخلق دون مَنْ بعده.

وقال الله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]، فالجمع بين الأختين في عقد النكاح حرام بالآية.

واختلفوا في الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين:

فروي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم: أنه محرم، وقال عمارٌ: كل شيء حرمه الله تعالى من الحرائر حرمه من الإماء إلا الجمع، وروي أن رجلاً سأل عثمان رضي الله عنه عن ذلك فقال: ما أحب أن أحله، ولكن أحلتهما آية وحرمتهما آية، وأما أنا فلا أفعله، وخرج الرجل من عنده فلقي علياً عليه السلام فذكر له ذلك، فقال: لو أن[3] إليَّ من الأمر شيئاً لجعلت من فعل ذلك [نكالاً][4]، والدليل على التحريم قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]، والمراد به الجمع في أحكام النكاح وذلك موجود في الوطء بملك اليمين؛ ولأنه جامع بينهما في

---

(١) في ج (من) والمثبت من أ.

(٢) في ج (الصلب) والمثبت من أ.

(٣) في أ (آل).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى، ١٦٣/٧؛ والدارقطني في السنن ٢٨١/٣؛ ومالك في الموطأ (١١٢٢)؛ انظر: «التلخيص الحبير»، ١٧٣/٣.

استلحاق النسب، كما لو جمع بينهما في العقد، وقول عثمان ﵁ حرمتهما آية يعني هذه الآية، وقوله أحلتهما آية يعني قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]. فإذا اقتضت إحدىٰ الآيتين التحريم والأخرىٰ الإباحة فالتحريم أولىٰ، وإذا ثبت تحريم الجمع بين الأختين فإن تزوجهما معاً فسد نكاحهما؛ لأن الجمع بينهما لا يصح لما بيناه، [ولا يجوز أن يصح نكاح إحداهما بعينها؛ لأنه ليس إحداهما أولىٰ من الأخرىٰ](١)، ولا يجوز أن يصح في إحداهما بغير عينها؛ لأن النكاح لا يصح في منكوحة مجهولة، فلم يبق إلا بطلان نكاحهما، وأما إن تزوج إحداهما بعد الأخرىٰ، فسد نكاح الثانية وفُرِّقَ بينهما؛ وذلك لأن نكاح الأولىٰ قد صح، والحظر حصل في نكاح الثانية؛ لأن الجمع به وقع فاختص الفساد به، فإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا عدة عليها؛ لأن النكاح الفاسد إذا لم يتصل به الدخول لم يتعلق به شيء من الأحكام، بدليل قوله ﷺ: «**أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل**»(٢)، [فإن دخل بها، فلها مهر مثلها، فعلق الحكم بالدخول](٣)، فإن دخل بها فعليها العدة؛ لأنه وطئ بنكاح فاسد فيثبت به النسب، والوطء الذي يثبت به النسب يوجب العدة كالوطء بنكاح صحيح.

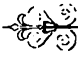
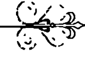
قال: ولها الأقل من مهر مثلها ومن المسمىٰ، أما وجوب مهر المثل فقوله

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) أخرجه الترمذي (فنكاحها باطل ثلاثًا) (١١٠٢)، وقال: (حديث حسن)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ١١١/٧؛ والدارقطني، ٨٤/١؛ «ورواه الطبراني، وفيه حمزة بن أبي حمزة، وهو متروك» كما قال الهيثمي في المجمع، ٢٨٥/٤.

(٣) الزيادة من أ.

ﷺ: «**فإن دخل بها فلها مهر مثلها**»(١)؛ ولأن التسمية لا تثبت إلا في نكاح صحيح، وإنما تجب في الفاسد قيمة المعقود عليه، وذلك مهر المثل.

وقد قال أصحابنا: يجب في النكاح الفاسد الأقل من مهر المثل ومن المسمىٰ، وكذلك في الإجارة الفاسدة، وقال زفر: يجب مهر المثل(٢) بالغًا ما بلغ.

لنا: أن المنافع لا تتقوَّم إلا بالعقد أو الشُّبهة، وقد قوّماها بالتسمية وذلك رضًا [٨٠/أ] بإسقاط الزيادة، فصارت مستوفاة بغير عقد يقوم به، فلا تكون لها قيمة، وليس كذلك البيع الفاسد؛ لأن الأعيان متقومة بنفسها، فإذا سقط اعتبار التسمية وجب اعتبار [كمال](٣) قيمة العين.

وجه قول زفر: أن المنافع تتقوم بالعقد الفاسد والصحيح كالأعيان.

قال ﷺ: ولم يبين أبو الحسن الوقت الذي يبتدأ منه العدة.

وقد قال أصحابنا: إن العدة تجب عليها من حين يفرق بينهما.

وقال زفر: من آخر وطء وطأها، فإن كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطأها قبل التفرق فقد انقضت عدتها.

لنا: أن التفريق في العقد الفاسد كالطلاق في النكاح الصحيح.

ألا ترىٰ أنه إذا وطئها قبل التفرق لم يجب عليه حَدٌّ، ولم يجب عليه حد بتكرار الوطء إلا مهر واحد، ولو فرق القاضي بينهما ثم وطئها، وجب الحَدُّ.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ١٠٥/٧.
(٢) في أ زيادة (وأجر المثل).
(٣) الزيادة من أ.




وإن دخلت شبهة وجب مهر آخر، وإذا حل التفريق محل الطلاق اعتبرت العدة منه.

وجه قول زفر: أن المعنىٰ الموجب للعدة هو الوطء بدلالة لو لم يحصل لم تجب، وإذا كان هو الموجب للاستبراء وجب اعتبار العدة (عقبه)[1].

قال: ولا يقرب امرأته حتىٰ تنقضي عدة أختها؛ لأنه لو وطئها صار مستلحقاً لنسب ولديهما، ولا يجوز استلحاق نسب أختين في حالة واحدة.

قال: ولا يحل للرجل أن يجمع بين ذواتي رَحِمٍ مَحْرَمٍ.

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب: أن كل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما رجلاً لم يجز له أن يتزوج بالأخرىٰ، لم يجز الجمع بينهما.

وقال عثمان البتي: يجوز الجمع فيما سوىٰ الأختين والأم والبنت.

لنا: حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**لا تنكح المرأة علىٰ عمتها ولا علىٰ خالتها ولا علىٰ بنت أخيها ولا علىٰ بنت أختها، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئَ[2] ما في صحفتها[3]**»[4] وقد روىٰ هذا الخبر جابر وابن عباس،

---

(١) في أ (منه).

(٢) لتكتفئ: «من كفأتْ القِدر، إذا كببتها لتفرغ ما فيها، يقال: كفأت الإناء وأكفأته إذا كببتُه: إذا أملته. وهذا تمثيل لإمالة الضّرة حق صاحبتها من زوجها إلىٰ نفسها إذا سألت طلاقها». النهاية في شرح غريب الحديث والأثر. (كفأ).

(٣) «صَحْفَتها: الصَّحْفة: إناء كالقَصْعَة المبسوطة ونحوها، وجمعها: صحاف، وهذا مَثَل يريد به الاستئثار عليها بحظها، فتكون كمن استفرغ صحفة غيره وقَلَب ما في إنائه إلىٰ إناء نفسه». النهاية (صحف).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٠٨) وغيره من أصحاب السنن.




فلا يخلو إما أن يكون من حيز أخبار الاستفاضة ؛ لأن الأمّة تلقته بالقبول وعملوا بموجبه[١] ، أو يكون خبر واحد[٢] ، وعلى كلا الأمرين فهو حجة ، ولأن كل واحدة منهما لو كانت رجلاً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى ، فلا يجوز الجمع بينهما كالأختين.

واحتج عثمان [البتي] بقوله تعالى بعد ذكر المحرمات ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

والجواب: أن هذه الآية مجملة ؛ لأنه[٣] شرط في الإباحة الإحصان وهو مجمل ، والإباحة إذا شرط فيها بشرط مجمل صارت مجملة ، والمجمل ثبت بيانه بخبر الواحد ، وأما المرأتان اللتان لو كانت إحداهما رجلاً جاز له أن يتزوج بالأخرى ، فالجمع بينهما جائز عندنا كالجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل.

وقد روي أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي عليه السلام وبنته[٤].

وقال زفر: لا يجوز الجمع بينهما.

لنا: أن إحداهما لو كانت رجلاً وهي الزوجة ، جاز له أن يتزوج [٨٠/ب] بالأخرى ، [وهي بنت الزوج][٥] فلم يعم التحريم الأجنبيتين ، فصارتا كالأجنبيتين.

---

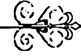
(١) زيادة (لأجله) في أ.

(٢) في أ (من أخبار الآحاد).

(٣) في ب (لا شرط).

(٤) أورده الزيلعي في نصب الراية ، وعزاه إلى مصنف ابن أبي شيبة ، ٣/١٧٦ ؛ ونحوه ابن حجر في الدراية ، ٢/٥٧.

(٥) الزيادة من أ.

وجه قول زفر: أن البنت لو كانت رجلاً لم يجز [له أن يتزوّج بزوجة أبيه][(١)]، فلا يجوز الجمع بينهما كالأختين، وأما قوله تعالىٰ في تحريم الجمع ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]، ففيه تأويلان:

أحدهما: أن مَنْ جمع قبل التحريم [ثم طرأ التحريم]، جاز له البقاء.

والتأويل الثاني: أنه لا إثم علىٰ من جمع قبل التحريم.

وقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤]، المراد به: ذوات الأزواج فنكاح المرأة التي لها زوج حرام، لأن المعقود عليه ملك للغير؛ ولأنها محبوسة بعقد، فلا يجوز العقد عليها كالرهن.

وأما قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، قال ابن مسعود: المراد به السبايا إذا كان لهن أزواج؛ لأن الفُرْقة وقعت بينهما بالسبي.

وأما قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]، فإنه يدل علىٰ تحريم امرأة الأب بنفس العقد؛ لأنها مبهمة، وكذلك تحريم نساء الأجداد إما بالنص أو الإجماع علىٰ ما قدمناه، وقد كانت الجاهلية إذا مات الرجل ورث ابنه نكاح امرأته إلىٰ أن نزل قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا﴾ [النساء: ١٩]، فكانوا إن رضيت أمسكوها، وإن سخطت تركوها، فكانوا يسمون ذلك نكاح المقت حتىٰ نزل قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢]، وقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢]، محمول

---

(١) في ج (لها أن تتزوج بالأخرىٰ) والمثبت من أ.

علىٰ أحد التأويلين اللذين قدمناهما.

قال أبو الحسن: والوطء كله عند أصحابنا حلاله وحرامه في التحريم سواء.

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: والكلام في هذه المسألة يقع مع الشافعي في أن الزنا يحرم أم المزني بها وبنتها، ومن زنىٰ بأم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته.

وقال الشافعي: الزنا لا يتعلق به التحريم[1].

لنا: أنه وطء من يحل له وطؤها بسببي الإباحة، فحرمت عليه أمها وبنتها كوطء جارية أبيه[2]، وجاريته المزوجة؛ [ولأن كل عقد يبطله الوطء يستوي في إبطاله الزنا وغيره كالإحرام][3].

وقال أصحابنا: اللمس بالشهوة يتعلق به التحريم، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يحرم[4].

وقد رُوي عن عن سالم بن عبد الله: أنه وهب جارية لأبيه[5] وقال: (**لا تقربها فإني قد أردتها فلم أتبسط إليها**)[6].

وعن مسروق: أنه كتب إلىٰ أهله في جارية وقال: [ألا فبيعوها][7] أما إني

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧٧؛ الأم ٥/٢٥؛ المزني ص١٦٩.

(٢) في أ (جارية ابنه).

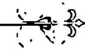
(٣) الزيادة من أ.

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/٣٠٩؛ المهذب ٤/١٤٦؛ روضة الطالبين ٧/١١٣.

(٥) في أ (من أبيه).

(٦) رواه ابن أبي شيبة، ٣/٤٨٠.

(٧) في ج (لا تبيعوها) والمثبت من أ.

لم أصب منها إلا ما يحرمها علي ولدي من اللمس والنظر)[1]، ورُوِىٰ مثل قولنا عن الحسن ومجاهد، والزهري وجابر بن زيد.

[وقال] ابن مسعود: (**من قبَّل امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها**)[2]؛ ولأن اللمس بشهوة لا يحل إلا بنكاح أو بملك يمين، ويتعلق به الكفارة في الإحرام كالوطء.

وقال أصحابنا: إذا نظر إلىٰ فرجها بالشهوة تعلق بذلك التحريم، وقال الشافعي: لا يحرم النظر[3].

لنا: حديث أم هانىء قال رسول الله ﷺ: «**من نظر إلىٰ فرج امرأة لم يحل له أمها ولا بنتها**»[4]. وعن مكحول: (**أن عمر** رضي الله عنه [٨١/أ] **جرّد جارية له، [فنظر فيها] فسأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك**)[5].

وروىٰ سالم عن أبيه قال: «**أيما رجل جرد جارية له فنظر فيها لذلك الأمر فإنها لا تحل لابنه**»[6]؛ ولأن النظر علىٰ هذا الوجه لا يستباح إلا بالملك كالوطء[7].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة، ٣/٤٨٠.

(٢) رواه ابن أبي شيبة، ٣/٤٨٠.

(٣) انظر: المهذب ٤/١٦٤؛ ومغني المحتاج ٣/١٧٨.

(٤) رواه ابن أبي شيبة، ٣/٤٨١ وضعّفه ابن حجر، ونقل عن البيهقي قوله «وإسناده مجهول» انظر: فتح الباري ٩/١٥٦.

(٥) رواه ابن أبي شيبة، ٣/٤٧٩.

(٦) رواه ابن أبي شيبة عن مكحول، ٣/٤٨٠.

(٧) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٣١٩ وما بعدها؛ مختصر القدوري، ص ٣٣٤.

١٤٤٨ ـ فَصْل: [زواج المعتدة]

ولا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة تعتد من غيره من أي وجه لزمتها العدة ؛ وذلك لأن المعتدة محبوسة على [حق] من تعتد منه ، فلا يجوز العقد عليها لغيره كالرهن ؛ ولأن الله تعالى أباح التعريض في العدة بذكر التزوج . والتعريض: هو أن يذكر لها كلاماً يستدل به على رغبة فيها ، فإذا كانت الخطبة المصرحة حراماً فالعقد أولى .

ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها ، إن لم يكن هناك مانع غير العدة لأنها محبوسة لحقه ، [فيجوز] عقده عليها ، وإن منع غيره من العقد كبيع الرهن من المرتهن ؛ ولأن العدة موضوعة للاستبراء ، والإنسان لا يجب عليه الاستبراء من ماء نفسه .

قال: ولا يجوز أن يتزوج امرأة ذات رَحِمٍ مَحْرَم من امرأة تعتد منه ، ولا أربعاً وخامسة تعتد منه ، وما منع النكاح من الجمع بين ذوات الرحم المحرم ، فالعدة تمنع منه .

وقال الشافعي: إذا كانت العدة من طلاق رجعي لم يجز له أن يتزوج بأختها ، وإن كان من طلاق بائن [جاز أن يتزوّج] أختها[1] ، وأربعًا سواها ، وقد رُوي مثل قولنا عن علي وعبد الله بن عباس ، وروي أن مروان استشار الصحابة في رجل تزوج بامرأة وأختها تعتد منه ، وكانوا متوافرين ، فقالوا لا يجوز ، وقال زيد بن ثابت: يجوز ، ثم رجع ، ففرق مروان بينهما ، ولا يجوز أن يحمل ذلك على العدة من طلاق رجعي ؛ لأنه ذكر مخالفة زيد [في القصة] ورجوعه ، وهذا لا يكون إلا في البائن ، ولأن كل منع ثبت على أحد الزوجين بسبب كان نكاح

(١) انظر: المهذب ٤/١٤٨.

صاحبه [ممنوعًا][١]، فإن ذلك المنع يبقىٰ ببقاء العدة، كمنعها من الأزواج؛ ولأن بقاء ماء الرجل في الرحم يمنعها من تزوج زوج آخر، فكذلك يمنعه من تزويج أختها كحال النكاح، وهذا التعليل معنىٰ ما قال أبو يوسف: إن الرجل لا يتزوج بأخت المعتدة، ليس من قِبَل أن عليه العدة، ولكن من قِبَلِ أن رحمها مشغولة بمائه[٢].

١٤٤٩ـ فَصْل: [الزواج بالأَمَةِ أثناء عدة الحرة منه]

وقال أبو حنيفة: لا يتزوج الرجل أمةً علىٰ حرة تعتد منه، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز ذلك في عدة بينونة[٣].

لأبي حنيفة: أن تحريم الأمة علىٰ الحرة من طريق الجمع، ويستوي فيه حال النكاح والعدة، كالجمع بين الأختين.

وجه قولهما: أن الجمع بين الأمة والحرة غير ممنوع [منه] إذا تقدمت الأمة، وإنما نمنع أن يتزوجها علىٰ الحرة؛ لأنه يُدخل عليها مَنْ لا تساويها في القسم، وهذا المعنىٰ لا يوجد بعد البينونة، ولهذا نقول فيمن حلف لا يتزوج علىٰ امرأته فتزوج بعدما أبانها في عدتها، أنه لا يحنث، قال: ويجوز أن يتزوج أخت أمته التي وطأها [وأخت أم ولده][٤]، ولكن لا يطؤها الزوج حتىٰ يحرم الأمة التي [٨١/ب] في ملكه وأم ولده (بأن يزوجها)[٥] أو يملك الأمة؛ وذلك لأن

---

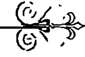
(١) السياق يدل بأنّ في العبارة نقصًا، ولعل المثبت هو المناسب للسياق.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣١٧؛ القدوري ص ٣٥٠.

(٣) انظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد، ص ٢٨٠.

(٤) في ج (واحترام ولده) والمثبت من أ.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

الأمة لا فراش لها عندنا.

ألا ترىٰ أنه مخيَّر في الاعتراف بنسب ولدها، فإذا ضعف حكم نسب ولدها لم يمنع من النكاح، وكذلك أم الولد حكم فراشها ضعيف؛ ألا ترىٰ أن نسب ولدها ينتفي بقوله، فإذا ضعف الفراش لم يمنع من عقد النكاح، وإنما قلنا أنه لا يطأ التي تزوج حتىٰ يحرّم أختها؛ لأنه لو وطئها لصار مستلحقاً لنسب ولدها؛ ولأنه يصير جامعاً بينهما في معنىٰ واحد وهو الوطء، وذلك لا يجوز، وليس كذلك العقد؛ لأنه لا يصير به جامعاً بينهما في حكم واحد من أحكام النكاح.

١٤٥٠ـ فَصْل: [الزواج بأخت أم ولده وأم الولد تعتد منه]

ولا يجوز له أن يتزوج أخت أم ولده وأم الولد تعتد منه، ويجوز أن يتزوج أربعاً سواها.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز أن يتزوج [بأختها][١].

لأبي حنيفة: أن المعنىٰ الذي لأجله جاز تزوج أخت أم الولد أن فراش أم الولد ضعيف، بدلالة أنه يملك نقل الفراش إلىٰ غيره، ويقطع النسب بقوله، فإذا أعتقها قوي فراشها.

ألا ترىٰ أنه لا يملك نفي نسب ولدها، فصارت كالحرة المعتدة، فلا يجوز أن يتزوج بأختها.

وجه قولهما: أن فراش العدة مرتب علىٰ فراش المِلك، فإذا جاز له أن يتزوج أختها قبل العتق مع بقاء الملك؛ فلأن يجوز إذا قطع الملك أولىٰ.

---

(١) الزيادة من أ.

وقد قال أصحابنا: يجوز أن يتزوج بأربع سواها، وقال زفر: لا يجوز.

لنا: أن المنع من [جهة][(١)] العدد يختص تحريمه بعقد النكاح، وعدة أم الولد لم تجب بعقد النكاح، فلم يحرم الجمع بينهما، وليس كذلك تزوج الأخت؛ لأن تحريم الجمع بين الأختين لا يختص بالنكاح، بدلالة أنه لا يجوز الجمع في حال الوطء بملك اليمين، (ويجوز ذلك في العدد)[(٢)]، لأن كل موضع حرم الجمع في حال العدة إذا طرأت العدة بعد الجمع حرم الوطء.

الدليل على هذا: أن المعتدة الحرة لما منعت عدتها من تزوج أختها وأربع سواها كان إذا تزوجهن ثم وجبت العدة منها حرَّم الوطء أختها والأربع.

في مسألتنا لو تزوج بأربع ثم أعتق أم ولده، لم يحرم وطأهنَّ، فكذلك لا يحرم عدتها العقد عليهن، ولو كان تزوج بأختها ثم أعتقها حرم وطؤ أختها، فكذلك يحرم تزوج أختها في عدتها.

وجه قول زفر: أنها معتدة فلا يجوز أن يتزوج أربعاً سواها كالحرة؛ ولأن العدة إذا حرّمت نكاح الأخت حرّمت نكاح الأربع كعدة الحرة.

فحاصل جملة المذهب: أن كل وجه منع النكاح الصحيح جمع غيرها إليها، فإن العدة من أي وجه وجبت تمنع أيضاً إلا في وجه واحد: وهو أن يتزوج بأربع حرائر في عدة أم ولده، وهذا جملة قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تمنع العدة من الجمع ما يمنع النكاح إلا تزويج الأربع [وإدخال][(٣)] أم

(١) في ج (جميع) والمثبت من أ.
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) في ب (وأخت) والمثبت من أ.

الولد والأمة على الحرة.

وقال زفر: ما منع أحدهما منع الآخر من غير استثناء.

١٤٥١ ـ فَصل: [الزواج بالحامل من زنا]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا [٨٢/أ] تزوج الرجل امرأة حاملاً من زنا، فذلك جائز ولا يطؤها حتى تضع.

قال أبو يوسف وزفر: لا يصح النكاح.

لهما: أن ماء الزنا لا حرمة له، ولهذا قال النبي ﷺ: «**الولد للفراش، وللعاهر الحَجَر**»[١] [يعني: لا شيء له][٢]، والمنع من تزويج الحامل لحرمة ماء الوطء، فإذا سقطت حرمته جاز التزويج؛ ولأنه لو منع الحمل من الزنا التزويج تعلق به ثبوت النسب وأحكام الولادة، كالوطء بشبهة، (وإنما قلنا لا يطؤها حتى تضع لقوله ﷺ: «**لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر يجتمعا من امرأة واحدة في طهر واحد**»[٣].

وجه قول أبي يوسف وزفر: أن الحمل لما منع الوطء منع العقد كالحمل الثابت النسب؛ ولأنها حامل من الغير كالموطوءة بشبهة وكأم الولد إذا كانت حاملاً من مولاها)[٤].



(١) أخرجه البخاري (١٩٤٨، ٢٥٩٤) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٤٥٧).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) أورده السرخسي في المبسوط ١٥٢/١٣ وغيره.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ. انظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد، ص ٢٧٩.

١٤٥٢ـ فَصْل: [الزواج بامرأة مسلمة من دار الحرب]

قال أبو حنيفة: إذا جاءت امرأة مسلمة من دار الحرب جاز تزويجها، ولا عدة عليها، وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة.

لأبي حنيفة قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]، فأباح نكاح المهاجرة مطلقاً ولم يشترط فيه انقضاء العدة، ثم قال: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾، فلو منعنا من تزويجها للعدة لكان ذلك تمسكاً بِعِصَمِ زوجها الكافر؛ ولأن الفُرقة وقعت بينهما باختلاف الدارين كالمسْبيَّة.

وجه قولهما: أن الفُرقة وقعت عليها وهي مسلمة في دار الإسلام فصارت كسائر المسلمات، وأما إذا كانت حاملاً فروىٰ محمد عن أبي حنيفة: أنها لا تتزوج، وهي إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، وروىٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يتزوجها ولا يطؤها حتىٰ تضع.

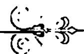
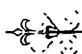
وجه رواية أبي يوسف: أن ماء الحربي لا حرمة له، فحَلَّ محل ماء الزاني منه.

وجه رواية محمد: أنها حامل بولد ثابت النسب كامرأة المسلم.

وقال الطحاوي: الصحيح ما رواه محمد ظناً منه أن المنع من تزويجها لأجل العدة، [ومن أصل أبي حنيفة: أن لا عدة علىٰ المهاجرة][1].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

وقال أبو الحسن: الصحيح رواية أبي يوسف ؛ لأن المنع ليس لأجل العدة ، وإنما هو لثبوت نسب الولد ، (وهذا المنع يمنع النكاح وإن عدمت العدة كأم الولد إذا كانت حاملاً من مولاها)(١) .

١٤٥٣ـ فَصْل: [وطء الكافرة بنكاح أو بملك يمين]

ولا يحل وطء كافرة بنكاح ولا ملك يمين ، إلا الكتابيات خاصة وسواء الحرائر في ذلك والإماء .

والأصل في تحريم المشركات قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] ، وعمومه يقتضي تحريم وطء كل مشركة ، وأما إباحة تزويج الكتابيات فلقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] . فلا يجوز حمله علىٰ من أسلم منهن ؛ لأن ذلك يبطل فائدة تخصيص الكتابية ؛ لأن المشركة والمجوسية إذا أسلمتا جاز نكاحهما ؛ ولأن الكتابية مؤمنة بكتاب من كتب الله تعالىٰ كالمسلمة .

ويجوز تزويج الأمة الكتابية عندنا ، وقال الشافعي: يجوز وطؤها بملك اليمين ، ولا يجوز بالنكاح(٢) . [٨٢/ب]

لنا: أنه يجوز وطؤها بملك اليمين ، فجاز وطؤها بالنكاح كالمسلمة ؛ ولأنها مؤمنة بكتاب من كتب الله تعالىٰ فلا يختص بنكاحها الكفار كالحرة الكتابية ، فأما المجوس فلا كتاب لهم عندنا ، [ولا] يجوز مناكحتهم ، والدليل علىٰ ذلك: قوله تعالىٰ حكاية عمّن تقدم ﴿إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦]

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) انظر: المهذب ١٥٣/٤.




وهذا يدل على أنه لم ينزل على طائفة ثالثة، ولم يذكر الله تعالى ذلك، ولِما روي أن عمر بن الخطاب ﵁ قال ما أصنع بالطائفة الذين ليسوا من أهل الكتاب، فقال عبد الرحمن بن عوف: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب**»(١)، وهذا يدل على أنه لا كتاب لهم، والذي روي عن علي ﵇ أنه قال: «**كان لهم كتاب فأصبحوا وقد رفع عنهم فنسوا**»(٢)، ولو ثبت لدل على ما قلنا؛ لأنهم لما نسوه خرجوا من أن يكونوا من أهله.

فأما الصَّابئات فقال أبو حنيفة: يجوز نكاحهن، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز وهذا ليس باختلاف في الحقيقة، وإنما هو لاشتباه مذهبهم فحمل أبو حنيفة أمرهم على أنهم يؤمنون بكتاب ويعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين القبلة، فمخالفتهم لأهل الكتاب في بعض دينهم لا يمنع مناكحتهم، ألا ترى أن علياً ﵇ قال في بني تغلب (أنهم لم يوافقوا النصارى إلا في شرب الخمر وأكل الخنزير)، ولم يمنع ذلك من جريان أحكام النصارى عليهم.

وأما أبو يوسف ومحمد: فحملا تعظيمهم الكواكب على عبادتها، وعابد الكواكب كعابد الوثن، فلا يجوز مناكحتهم(٣).

١٤٥٤ـ فَصْـل: [أنكحة الكفار بعضهم لبعض]

وأنكحة الكفار بعضهم لبعض جائزة، وقال مالك: أنكحتهم فاسدة(٤).

لنا: قوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ﴾ [المسد: ٤] فلو كان نكاحهم

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٧/١٧٢؛ ومالك في الموطأ (٦١٦)؛ انظر: التخليص الحبير، ٣/١٧١.

(٢) «رواه أبو يعلى، وفيه أبو سعد البقال، وهو متروك». كما ذكر الهيثمي في المجمع، ٦/١٢.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٣٣٤ وما بعدها؛ التجريد ٩/٤٤٨٥ وما بعدها.

(٤) انظر: المدونة ٣/٢١١؛ المعونة ٢/٨٠٣.

فاسداً لم يسمها امرأته، وقال النبي ﷺ: «**ولدت من نكاح، ولم أولد من سفاح**»[1]، وإن كان (آباؤه كفاراً)[2]؛ ولأن من أسلم من الكفار أقره رسول الله ﷺ على نكاحه، فلو كان نكاحهم فاسداً (لما أقرهم عليه)[3].

وأما المرتدة فلا يجوز لمسلم ولا لكافر ولا لمرتد نكاحها؛ وذلك لأن الردة إذا طرأت على النكاح الصحيح أبطلته، فإذا قارنت ابتداءه منعت من انعقاده كما في الرضاع. والله أعلم[4].

١٤٥٥- فَصل: [زواج الرجل أمة على حرة]

ولا يجوز أن يتزوج الرجل أمةً على حرة.

والأصل في ذلك ما روى علي عليه السلام عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا تنكح الأمة على الحرة**»[5]، **وقال عليّ** عليه السلام: «**وتنكح الحرة على الأمة، وللحرة الثلثان من القسم، وللأمة الثلث**»[6].

وقال أصحابنا: لا يجوز للعبد أن يتزوج أمة على حرة، وقال الشافعي: يجوز[7].

---

(١) أورده ابن حجر في التلخيص، وقال: «الطبراني والبيهقي من طريق أبي الحويرث، عن ابن عباس، وسنده ضعيف»، وذكر طرقًا أخرى للحديث، وما قيل في كل سندٍ. انظر: ١٧٦/٣.

(٢) في ب (فصار) والمثبت من أ.

(٣) في أ (لم يقرهم عليه).

(٤) انظر: الأصل ٢١٥/١٠ وما بعدها.

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى بلفظ: «نهى النبي ﷺ»، وقال: «هذا مرسل، إلا أنه في معنى الكتاب، ومعه قول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم»، ١٧٥/٧.

(٦) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، ٢٢٩/١؛ وعبد الرزاق عن سعيد بن المسيب، انظر: نصب الراية، ٢١٥/٣.

(٧) انظر: المهذب ١٥٥/٤؛ الروضة ١٣٢/٧.

وعموم الخبر دلالة على فساد قوله ؛ ولأنه يدخل على الحرة من لا تساويها في القسم ، [فلا يجوز][1] كالحر ، وأما الشافعي فإنه يقول: إنما لا يجوز [٨٣/أ] للحر أن يدخل الأمة على الحرة ؛ لأن نكاح الأمة موقوف على عدم الطَّوْلِ ، ومن كانت تحته حرة فقد استغنى بها ، وأما العبد فتزوجه الأمة غير موقوف على عدم الطَّول ؛ فلذلك جاز أن يتزوجها على الحرة.

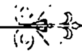
وهذا الذي قاله لا يصح ؛ لأن الغائب عن زوجته غيبة بعيدة لا يجوز أن يتزوج بالأمة وإن كان لا يستغني بالحرة ، وكذلك إن كان تحته امرأة لا يمكن وطؤها لم يجز له [أن يتزوّج بالأمة][2] مع الحاجة إلى تزوجها.

قال الشيخ رحمه الله: وقد كان أصحابنا يقولون: العلة المانعة من ذلك أنه يدخل على الحرة من [لا تساويها][3] في القسم ، وحكي عن أبي الحسن أنه قال: من كانت تحته حرة فقد ثبت لولده حق الحرية ، فإذا أراد أن يتزوج بأمة فإنه يريد أن يسقط حق الحرية الذي ثبت لولده ويعرضه للرق ، وحق الحرية إذا ثبت لم يجز رفعه.

١٤٥٦ - فَصْل: [زواج الرجل بملك يمينه]

ولا يجوز أن يتزوج الرجل بملك يمينه ولا [مَنْ][4] يملك شقصاً منها ، ولا تتزوج المرأة مَنْ تملك منه شقصاً ، وكذلك إن ملك أحدهما صاحبه أو بعضه

(١) في ج (فصار) والمثبت من أ.
(٢) في ب (تزويج الأمة) والمثبت من أ.
(٣) المثبت من أ، وفي (ج) كلمة غير مقروءة.
(٤) في ج (ما) والمثبت من أ.

بعد النكاح فسد النكاح، وقال نفاة القياس: يجوز أن يتزوج الرجل أمته والمرأة عبدها.

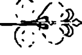
والأصل في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] فأباح الفرج بأحد أمرين فلا يستباح بهما جميعاً؛ ولأن النكاح يتعلق به حقوق تجب لكل واحد من الزوجين علىٰ الآخر، وتلك الحقوق لا تثبت علىٰ المولىٰ لأمته ولا علىٰ الحرة لعبدها.

وأحكام العقود (إذا انتفت)[١] لم تنعقد العقود، كما لا يجوز نكاح ذوات المحارم لما لم يوجد الاستباحة الموجبة بالعقد.

وقد قالوا في المأذون والمدبر إذا اشتريا زوجتيهما لم يفسد النكاح؛ لأنهما لا يملكانها بالعقد، وكذلك قال أبو حنيفة فيمن اشترىٰ زوجته هو فيها بالخيار علىٰ أصله: أن خيار المشتري يمنع انتقال الملك إليه، وقالوا في المكاتب إذا اشترىٰ زوجته لم يفسد نكاحها؛ لأنه لا يملكها، وإنما ثبت له فيها حق الملك، وحق الملك لا[٢] يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع الاستدامة كالعدة، وقالوا فيمن زوج بنته من مكاتبه ثم مات لم يفسد النكاح بينهما حتىٰ يعجز، وقال الشافعي: ينفسخ النكاح.

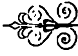
لنا: أن الورثة لا يملكون المكاتب؛ لأن الميراث سبب من أسباب الملك فلا يملك به المكاتب كالبيع، وإنما ثبت لهم فيه حق الملك، وحق الملك لا يمنع البقاء علىٰ النكاح؛ ولأنه لو كان لها عليه دَين لم يبطل، ولو كانت مَلَكَتْه

(١) في أ (إذا لم تثبت).
(٢) في أ (يمنع).

لبطل دينها ؛ ولأن كل حالة جاز أن يبقىٰ دينها عليه لم ينفسخ النكاح بينها وبينه كحال حياة المولىٰ ؛ ولأنه عقد علىٰ بنته لمن ثبت له حق الحرية من جهته ، فلا ينفسخ النكاح بموته [٨٣/ب] كمدبرة لم يفسد نكاحها ، وعلىٰ قولهما هو حر وعليه دين فيفسد نكاحها . والله تعالىٰ أعلم .






بَابُ
اللفظ الذي يقع به عقد النكاح



قال أبو الحسن: قال أبو يوسف: إذا قال الرجل لرجل زَوِّجني بنتك، أو قال: جئتك خاطباً بنتك، أو قال: جئتك لتزوجني بنتك، فقال الأب: قد زوجتك، فالنكاح واقع لازم، وليس للمخاطب أن لا يقبل، ولا [يُشبه][1] هذا البيع، روىٰ جميع ذلك معلىٰ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

ولو قال رجل لامرأة: أتزوجك علىٰ ألف، فقالت: قد تزوجتك علىٰ ذلك، فهو جائز، رواه ابن سماعة عن محمد، وهي رواية الأصل، وكذلك إذا قال: زوجيني أو أنكحيني نفسك، فهو مثل ذلك، وهذا استحسان وليس بقياس.

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: وجملة هذا أن عقد النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي، وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل، [وبالآخر عن الماضي][2] استحساناً، وكان القياس أن لا ينعقد بذلك؛ لأن لفظ الاستقبال عِدَةٌ، وإنما استحسنوا لما قال أبو يوسف حدثني أبو إسحاق الشيباني عن الحَكَم: (أن بلالاً خطب إلىٰ قوم من الأنصار، فأبوا أن يزوجوه، فقال: لولا أن رسول الله ﷺ أمرني أن أخطب إليكم لما خطبت، فقالوا له: أملكت)[3]. ولم

(١) في ج (ولا شبهة) والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) الذي روي عن بلال (أن بلالاً خطب علىٰ أخيه إلىٰ أهل بيت من العرب...) كما في سنن سعيد بن منصور، إنما روىٰ سعيد نحو هذه القصة عن صهيب...، ١/١٨٩؛ انظر: أسد الغابة،=

ينقل أنه أعاد القبول؛ ولأن النكاح لا يحضره [السَّوم][1]، فالظاهر من ألفاظه أنها على وجه الإيجاب، وقد بينا في البيوع الفرق بين البيع والنكاح.

قال: [ولو][2] قالت امرأة لرجل قد وهبت لك نفسي، أو تصدقت عليك بنفسي، فهو نكاح، وإذا قالت: قد أحللت لك نفسي، أو أعارته نفسها، فليس بنكاح.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا ما رواه ابن رستم عن محمد قال: كل لفظ يكون في الأمة تمليكاً للرقبة فهو في الحرة نكاح، وكان أصحابنا يقولون: كل لفظ يصلح لتمليك الأعيان مطلقاً ينعقد به النكاح، وقد ادعى بعض أصحابنا بخراسان: أن النكاح ينعقد بلفظ الهبة والصدقة، ولا ينعقد بلفظ البيع، وما ذكرناه عن محمد يبطل ذلك.

وكان أبو بكر الرازي يقول: لا ينعقد [النكاح] بلفظ الإجارة، وكان أبو عبد الله البصري يحكي عن أبي الحسن: أن النكاح ينعقد بلفظ الوصية، [فلو] فقال: أوصيت لك بابنتي الآن؛ انعقد النكاح، وإنما لا ينعقد بالوصية المطلقة، لأن التمليك يتعلق [فيها بشرط][3] وهو الموت، وقال الشافعي: لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح والتزويج[4].

وهل ينعقد نكاح النبي ﷺ بلفظ الهبة أم لا؟

= ٢/١١٥؛ الإصابة في تمييز الصحابة، ٢/٩١.

(١) في ج (الصوم) والمثبت من أ.

(٢) في ج (ولقد) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بها شرط) والمثبت من أ.

(٤) انظر: المهذب ٤/١٤١.

فيه وجهان:

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فأجاز النبي ﷺ عقد النكاح بلفظ الهبة، وكل لفظ جاز للنبي ﷺ أن يعقد به النكاح [٨٤/أ] جاز لغيره أن يعقد به كلفظ التزويج، ولا يعترض علىٰ هذا قوله تعالىٰ: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾؛ لأن الخلوص لا يجوز أن ينصرف إلىٰ اللفظ؛ لأن النبي ﷺ لم يضف إليه بلفظ الهبة، وإنما أضاف إليه الاستنكاح، ولو كان الخلوص لأجل اللفظ لقال: خالصة لها من دون المؤمنين، وإنما أراد بالخلوص جواز النكاح له بغير بدل.

الدليل عليه ثلاثة أشياء: أحدها: أنه ابتدأ الآية بقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحۡلَلۡنَا لَكَ أَزۡوَٰجَكَ ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيۡتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، ثم ذكر الموهوبة بغير أجر، فدل علىٰ أن الخلوص أراد به سقوط الأجر؛ ولأنه قال: ﴿لِكَيۡلَا يَكُونَ عَلَيۡكَ حَرَجٌ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، والضيق إنما يكون عليه في دفع البدل الذي يجوز أن يعجز عنه، ولا يكون في إبدال لفظ بلفظ انتقل عليه كل واحد منهما؛ ولأن هذا أخرج مخرج الامتنان، والله تعالىٰ يمُنُّ علىٰ نبيه بما له فيه منفعة، وذلك موجود في سقوط العوض، فأما في إبدال لفظ بلفظ فلا؛ ولأنه عقد يوجب الملك المؤبد ليس من شرطه تسمية البدل، فانعقد بلفظ (الهبة)(١) كهبة الأموال؛ ولأنه عقد علىٰ البُضع فلا يختص بلفظين كالخلع؛ ولأن منفعة البُضع تملك علىٰ التأبيد بالانفراد، وتملك الرقبة مع منفعة البضع علىٰ التأبيد، فإذا جاز أن يملكا جميعاً علىٰ التأبيد بلفظ الهبة، جاز أن يملك أحدهما، [يبيّن ذلك: أن كل شيئين

(١) في أ (البذل).

يجوز أن يملكا على التأبيد بلفظ واحد، يجوز أن يملك أحدهما][1] بذلك اللفظ؛ (ولأن البضع يجوز أن يزول الملك عنه بلفظ الحرية، ألا ترى أن من قال لزوجته: أنت حرة، ينوي به الطلاق وقع الطلاق، وما جاز أن يزول الملك عنه بلفظ الحرية، جاز أن يقع الملك فيه بلفظ البيع والهبة، أصله الرقاب)[2].

وأما [لفظ] الإحلال فلا ينعقد به النكاح؛ لأنه لا يفيد الملك.

ألا ترى أن [المُحَلِّل][3] له أن يرجع متى شاء، وإنما ينتفع [المحلل] بالشيء على حكم ملك [المحلل]، والعارية إباحة للمنافع فلا يملك بها منفعة البضع.

وأما الإجارة: فوجه ما قاله أبو بكر أن التمليك بها يفتقر إلى التوقيت، والنكاح يبطله التوقيت، وإذا كان من شرطها ما هو شرط في إبطال النكاح لم يجز أن ينعقد بها.

وجه ما حكاه أبو عبد الله عن أبي الحسن: أن الله تعالى سمى العوض في هذا العقد أجراً، فانعقد بلفظ الإجارة كالإجارة[4].

١٤٥٧ - فَصل: [نكاح المتعة]

والمتعة[5] عندنا عقد باطل، والدليل على تحريمها: ما روي أن عائشة

---

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ وساقطة من ج.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ج (للتمليك) والمثبت من أ.

(٤) انظر: التجريد ٩/٤٤٠٥ وما بعدها؛ القدوري ص ٣٣٣.

(٥) المتعة من المتاع: كل ما يُنتفع به كالطعام، ونكاح المتعة: هو المؤقت في العقد، «ومتعة النكاح:=

رضي الله تعالىٰ عنها سُئلت عن المتعة ، فقالت: بيني وبينكم كتاب الله تعالىٰ ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] ، فأباح الله الاستباحة بأحد شرطين ، [والمتمتع][١] بها ليست بزوجة ، بدلالة أن الاستباحة ترتفع من غير طلاق ولا فرقة.

والدليل عليه: أن من حكم الزوجية التوارث مع ارتفاع الموانع ، فلما لم (ترث)[٢] هذه دل علىٰ أنها ليست بزوجة ، ويدل عليه ما روىٰ مالك عن الزهري عن عبد الله والحسين ابني محمد بن الحنفية عن أبيهما عن جدهما: (**أن النبي ﷺ حرَّم** [٨٤/ب] **في يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية**)[٣].

ولا يقال: روىٰ الربيع بن بشير عن أبيه: (**أن النبي ﷺ حرم المتعة عام الفتح**)[٤]؛ لأن هذا لا منفعة فيه لمخالفنا إذا كان يفيد التحريم؛ ولأنه لا يمتنع أن يكون حرمها يوم خيبر ثم أباحها عام الفتح أيامًا للحاجة ثم حَرَّمها.

وقد روىٰ محمد بن الحسن: (**أن النبي ﷺ أباحها أياماً**) ، ويدل عليه ما روىٰ سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر: (أنه صعد المنبر فحمد الله وأثنىٰ عليه وقال: «**ما بال رجال ينكحون هذه المتعة وقد نهىٰ عنها رسول الله ﷺ ، لا أجدُ**

= نكاح المرأة لمدة مؤقتة علىٰ مهر معين». انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (متع).

(١) في ب (المستمتع) والمثبت من أ.

(٢) في أ (تورث).

(٣) أخرجه البخاري عن علي رضي الله عنه (٣٩٧٩).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٩/٤٥٣؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٧/٢٠٤؛ والطبراني في الكبير، ٧/١١١.

أحداً ينكحها إلا رجمته بالحجارة»[1] ؛ ولأنه عقد يقتضي التأبيد بإطلاقه ، فإذا أجل مبدله بطل كالبيع .

احتجوا بقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤] . وهذا لا دلالة فيه ؛ لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤] ، وقوله: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ﴾ يرجع إلىٰ المسافحات ، وهذا يدل علىٰ وجوب الأجرة بالمتعة ، وكذلك نقول ، فأما الإباحة فلا يدل الظاهر عليها .

واحتجوا: بأن الأصل الإباحة بالإجماع فمن ادعىٰ الحظر احتاج إلىٰ الدليل .

والجواب: أنَّا لا نسلم إباحة مطلقة وإنما كانت مؤقتة . هكذا نقل محمد بن الحسن ، والإباحة المؤقتة ترتفع بذهاب الوقت من غير دليل[2] .

١٤٥٨ ـ فَصْل: [حكم النكاح لمدة معلومة]

مَسْأَلة: قال أصحابنا: إذا تزوج الرجل امرأة مدة معلومة فالنكاح باطل وهذه المتعة ، وقال زفر: النكاح جائز ، وهو مؤبد والشرط باطل .

لنا: أنه لا يخلو إما أن يصح العقد في المدة دون غيرها ، وهذا معنىٰ المتعة ، أو يصحّ في المدة وما بعدها ، فيستحق البضع عليها بغير رضاها ، وهذا لا يصح ؛ ولأن المتعة هي الاستمتاع المؤجّل ، وهذا موجود وإن عبر عنه بلفظ النكاح .

والعقود لا تختلف باختلاف الألفاظ إذا وجدت معانيها ، ولا يلزم علىٰ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ، ٢٠٦/٧ ؛ وفي الصغرىٰ ، (١٩٤/٦) .
(٢) انظر: الأصل ٢٩٣/١٠ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٦٧/٤ .

هذا إذا قال تزوجتك على أن أطلقك إلى عشرة أيام ؛ لأنه أبَّد العقد ثم شرط قطع التأبيد بذكر الطلاق ، والنكاح [المؤبد] لا تبطله الشروط.

[لزفر: أنه نكاح شرط فيه شرط فاسد ، والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة][(١)].

وهذا الذي ذكره ليس بصحيح ؛ لأنهم قد قالوا لو قال أتزوجك غداً شهراً لم يصح ، والمعنى المبطل هاهنا هو الشرط.

١٤٥٩ ـ فَصْل: [قبول النكاح على المجلس]

قال: وقبول النكاح على المجلس ، فإن قام من المجلس قبل القبول بطل ذلك ؛ لقوله ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»[(٢)]. وقد بينا أن المراد بذلك خيار القبول.

وقد قال الشافعي: إن القبول على الفور[(٣)].

وهذا لا يصح ؛ لأن القبول يحتاج إلى الارتياء ، فإذا جعل على الفور ، لم يكن معنى الارتياء فيه.

١٤٦٠ ـ فَصْل: [حكم العقد إذا قال الزوج قد تزوجت فلانة بحضرة شاهدين]

وإذا قال الزوج: قد تزوجت فلانة بحضرة شاهدين ، فبلغها ذلك بحضرة ذينك الشاهدين فقَبِلَتْ ، لم يجز ؛ وذلك لأن قوله تزوجت [شطر][(٤)] العقد ،

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ج.
(٢) أخرجه البخاري (١٩٧٣) ومواضع أخرى ؛ ومسلم (١٥٣٢) وغيرهما.
(٣) قال النووي: «الصحيح اشتراط القبول على الفور ، فلا يضر الفصل اليسير ، ويضر الطويل: وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول». الروضة ٣٠٩/٧.
(٤) في ج (شرط) والمثبت من أ.

[٨٥/أ] ألا ترى أنه لا يملك جميع العقد، وشطر العقد لا يقف على غائب عن المجلس.

١٤٦١ـ فَصْل: [أثر الرسول والكتاب في عقد النكاح]

ولو أرسل إليها رسولاً أو كتب إليها بذلك كتاباً، فقبلته بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول أو قرآ الكتاب، جاز ذلك.

وقال أبو يوسف: يجوز إذا قالت زوجت نفسي وإن لم [يسمعا] كلام الرسول[١].

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن قولها زوجت نفسي [شطر] العقد بدلالة أن الزوج لو كان حاضراً كان ذلك [شطر] العقد، والشهادة شرط في شطري العقد، وليس كذلك إذا سمعوا كلام الرسول؛ لأن [قول] الرسول يقوم مقام قول المرسل، وكذلك قراءة الكتاب تقوم مقام قول الكاتب.

ألا ترىٰ أن رسول الله كان مأموراً بدعاء الناس إلىٰ الإسلام، وقد قام كتابه مقام قوله.

وجه قول أبي يوسف: أن قولها زوجت نفسي جميع العقد، بدلالة أنه إذا حصل من مالك العقد انعقد النكاح به، وجميع العقد لا يختلف بولي دون غيره.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الولي مالك لكل العقد؛ فلهذا جعل قوله جميع العقد.

---

(١) العبارة في ب وردت مكررة (يسمعا يسمعا)، وفي أ (يسمعوا).




١٤٦٢ـ فَصْـل: [الشهادة علىٰ قول الزوجة وقول الرسول]

قال: وإن شهدوا علىٰ قولها وقول الرسول جاز، وإن لم يشهدوا علىٰ إرسال الزوج.

وقد قال الحسن بن حي: التوكيل في النكاح لا يصح إلا بشهادة.

وهذا ليس بصحيح؛ لأنها وكالة فلا تفتقر إلىٰ الشهادة كالوكالة في البيع.

١٤٦٣ـ فَصْـل: [قول المرأة: قد تزوجت فلاناً في النكاح]

قال أبو يوسف: وإذا قالت المرأة قد تزوجت فلاناً، جاز وإن لم تقل لهم اشهدوا؛ لأن كل شيء ثبت [حكمه] بنفسه لا تفتقر الشهادة فيه إلىٰ التحمل كالغصب والقتل، وكل ما لا يثبت حكمه بنفسه لا تصح الشهادة به إلا بالتحمل، كالشهادة علىٰ الشهادة.



بَابُ
معرفة الأولياء



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الولي[1] له مدخل [في النكاح علىٰ الصغيرة][2]؛ لأن العقدَ علىٰ الصغيرة يقفُ عليه، والعقدُ علىٰ الكبيرة ـ علىٰ قول أبي يوسف ومحمد ـ والاعتراضُ إليه، فلذلك وجب بيان الأولياء.

قال أبو الحسن: أجمع أصحابنا أن أولياءَ الصغيرة في النكاح العصبةُ، وإن لم يكن عَصَبَة فالإمام أو الحاكم، وهذا إن أراد به الولي المجمع عليه فهو صحيح في ابتداء الكلام وليس بصحيح في قوله: (فإن لم تكن [عصبة] فالإمام أو الحاكم)؛ لأن من جعل الولاية إلىٰ الوارث لم ينقلها إلىٰ الحاكم عند عدم العصبة.

قال: وجملة هذا أن أبا يوسف ومحمدًا رويا عن أبي حنيفة: أن من كان من القرابات من غير العصبة من الرجال والنساء يرث المزوجة إذا لم يكن أقرب منه فإنهم يزوجون.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه لا يزوج الصغيرة إلا العصبة.

---

(١) الولي: ويجمع علىٰ أولياء، وهو ضد العدو، والولي: كل مَن وَليَ أمر واحد، فهو وَليه، ومنه ولي اليتيم، أو القتيل، أي: مالك أمرهما. قال ابن عرفة: الولي: من له علىٰ المرأة مِلك، أو أُبوّة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام». انظر: المصباح؛ المغرب (ولي)؛ شرح الحدود ١/٢٤١.

(٢) في ج (في العقد) والمثبت من أ.

قال: فإن زوجها قرابة غير العصبة لم يتوارثا [لم يجز ذلك][1]، ووقف على إجازة العصبة أو الحاكم، وهذا [٨٥/ب] قول أبي يوسف ومحمد.

وجه قول أبي حنيفة المشهور: أن كل قرابة يتعلق بها الإرث يتعلق بها ثبوت الولاية كقرابة العصبة؛ ولأنه وارث بقرابته له قول صحيح كالعصبة.

وقد روى الحسن عن علي وابن مسعود ﷺ مثل ذلك؛ ولأن الأم ثبت لها حق المطالبة بالقصاص، فملكت بقرابتها التزويج كالأب، أو لأنها أحد الأبوين [كالآخر].

وجه رواية الحسن: أن الاعتراض في الكفاءة إلى العصبات دون غيرهم، فوجب أن تكون الولاية إليهم؛ ولأن من لا تعصيب له لا ولاية له كالأجنبي، وإذا ثبت ما ذكرنا: فعلى كل واحد من القولين يعتبر صحة القول، فلا تثبت الولاية للصغير ولا للمجنون؛ لأن ولايتهما لا تثبت على أنفسهما فأولى أن لا تثبت على غيرهما.

فأما اعتبار الإسلام والحرية فلا يحتاج إلى شرطه؛ لأن الكفر والرق [ينفيان][2] التعصيب والإرث؛ فلذلك منعا الولاية، والدليل على أن الكافر لا يلي على المسلمة قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] ولأن الولاية تقتضي نفوذ قول الإنسان على غيره، والكافر لا ينفذ قوله على المسلم [كالشهادة]، فأما المملوك فلا ولاية له على مملوكة ولا حرة؛ وذلك لأنه لا يلي على نفسه؛ فلأن لا يلي على غيره أولى.

---

(١) في ب (بذلك) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يبقيان) والمثبت من أ.

فأما إذا عدم الأولياء على القولين فالولاية إلى الإمام أو الحاكم؛ لأن التصرف في مصالح المسلمين إليهم، والعقد على الصغيرة من [مصالحهم][1]؛ ولأن ميراثها للمسلمين، والولاء عند أبي حنيفة يُستحق بالإرث، فإذا ثبتت الولاية عليهما للمسلمين، قام بها من يقوم مقامهم وهو الإمام[2].

١٤٦٤ـ فَصْل: [ولاية الفاسق في النكاح]

وقد قال أصحابنا: إن الفاسق يزوج وليّته كالعدل، وقال الشافعي: لا ولاية للفاسق[3].

لنا: أن الفاسق يملك قبول العقد بنفسه، فجاز أن يكون ولياً فيه كالعَدْل؛ ولأنه يملك تزويج أمته فيملك [بالتعصيب] تزويج بنته كالمحدود في قذف، ولا يقال: إن الفسق يقدح في الولاية كالحاكم إذا فسق؛ لأن مِنْ أصحابنا مَنْ قال: إن الحاكم إذا فسق فزوج قبل أن يعزل جاز عقده، كالوصي الفاسق إذا تصرف؛ ولأن الفسق يقدح في سبب ولاية الحاكم ولا يقدح في أبوة الأب؛ فلذلك افترقا[4].

١٤٦٥ـ فَصْل: [الولاية في الأقرب والأقرب]

وقد قال أصحابنا: إنّ الولاية للأقرب فالأقرب، لا يجوز أن يكون الأبعد ولياً مع الأقرب وهو والأجنبي سواء مع من هو أقرب منه؛ وذلك لأن الولاية إن

(١) في ب (مصالحها) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ١٠/١٨٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٤٧ وما بعدها.

(٣) قال النووي: «لا ولاية لفاسق على المذهب». المنهاج ص٣٧٧.

(٤) انظر: التجريد ٩/٤٣٢٣ وما بعدها.

استحقت بالتعصيب فالأبعد لا تعصيب له مع الأقرب، وإن استحقت بالميراث فالأبعد غير وارث مع الأقرب.

١٤٦٦ ـ فَصْل: [غياب الولي الأقرب غيبة منقطعة]

وقد قال أصحابنا: إذا غاب الأقرب غيبة منقطعة، جاز للأبعد أن يزوج، وقال زفر: لا يجوز والولاية إلى الأقرب.

وجه قولهم: أن تأخير النكاح فيه ضرر [٨٦/أ] على الصغيرة؛ لأن [الكفاءة][(١)] تتفق في زمان دون زمان، والولاية إذا كان في اعتبارها ضرر سقطت، وإذا سقطت ولايته جاز لمن بعده أن يزوج؛ ولأن الغائب لا يقدر على تدبير مصالح نكاحها، فلم يوجد فيه مقصود الولاية فصار كالميت.

ألا ترى أنهم قالوا في الفقير: إنه كالميت في النفقة [لما لم][(٢)] يوجد مقصود الكفاية فيه.

وجه قول زفر: أن ولايته باقية مع الغيبة بدلالة أن لو زوّج جاز، وإذا بقيت ولاية الأقرب لم يجز تزويج الأبعد، وهذا ليس بصحيح؛ لأنا أسقطنا الولاية للضرر الذي يلحق الصغيرة، فإذا زوّجها ارتفع الضرر فعادت ولايته بعد ارتفاعها[(٣)].

١٤٦٧ ـ فَصْل: [السلطان يقوم مقام الولي الغائب]

وقد قال الشافعي: إن الولي إذا غاب زَوَّجها السلطانُ[(٤)].

---

(١) في النسخة (الكفر) والمثبت ما يدل عليه السياق.

(٢) في ب (لحاكم) والمثبت من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٤٩؛ التجريد ٩/٤٣٣٤ وما بعدها.

(٤) انظر: المهذب ٤/١٢٣؛ المنهاج ص٣٧٧.

وهذا ليس بصحيح لقوله ﷺ: «**السلطان ولي من لا ولي له**»(١). وهذا ينفي ثبوت ولايته مع ولي؛ [وهو لا يقول به](٢) ولأنه تعذر الوصول إلىٰ تدبير الولي الأقرب (فصار كجنونه)(٣)؛ ولأن كل معنىٰ يوجب انتقال الولاية إلىٰ الحاكم إذا لم يكن ولي أبعد من الولي، يوجب انتقال الولاية إلىٰ الأبعد كالموت والجنون، وليس هذا كما لو عضلها الولي؛ لأنه إذا كان حاضرًا لذمة العقد عليها فإذا امتنع مما لزمه، قام الحاكم مقامه في إبقاء ما استحق عليه، فأما الغائب فلا يلزمه العقد مع الغيبة وعدم العلم بالتدبير، فلا يقوم القاضي مقامه في إيفاء حق لم يجب عليه؟

١٤٦٨ـ فَصْـل: [حدّ الغيبة المنقطعة]

وأما حد الغيبة المنقطعة فقال ابن رستم: أخبرني علي قاضي الموصل أن محمداً سئل عن الغيبة المنقطعة وهو يومئذ بالرَّقَّة؟ فقال مثل ما مِنْ هاهنا إلىٰ البصرة.

وروىٰ هشام عن محمد: ما بين الرّي والكوفة، وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف: ما بين بغداد والرّي، وفصّل ابن شجاع ذلك فقال: إذا كان غائباً في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل [إلا مرة واحدة في السنة](٤) فهي غيبة

---

(١) أورده ابن حجر في الدراية: «أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس رفعه: «**لا نكاح إلا بولي والسلطان**»، وأخرج أيضًا الطبراني والدارقطني من طرق عنه، أكثرها ضعيف، والمشهور عنه موقوف». ٢/١٦١.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في أ (بمعنىٰ ليس بمعصية).

(٤) في ب (في السنة إلا مرة).

منقطعة، وإن كانت القوافل تصل إليه غير مرة فليست بمنقطعة، وهذا صحيح؛ لأن الخاطب لا ينتظر إذن الولي سنة، ولا يعلم هل يجيب أم لا؟ وقد ينتظر بعض سنة؛ فلذلك جعلوا هذا حَدَّ الغيبة المنقطعة.

١٤٦٩ـ مَسْألة: [التقدم في اجتماع الأب والابن]

قال أبو يوسف: إذا اجتمع أبٌ وابنٌ في [مجنونة]، فالابن أولىٰ بالتزويج، روىٰ ذلك عنه محمد، وروىٰ معلىٰ عنه: أيهما زَوَّج جاز، وإن اجتمعا قلت للأب زَوِّج، وقال محمد: الأب أولىٰ.

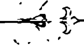
وجه قول أبي يوسف: أن الابن هو العصبة والأب معه من ذوي السهام فصار [كالأخ للأم مع الأخ للأب والأم][١].

فأما رواية مُعَلَّىٰ: فوجهها أن كل واحد منهما له سبب يتقدم (فالأب يلي)[٢]؛ لأنه من قومها، والابن لأنه يرثها [بالتعصيب]، فأيهما زوّج جاز، فإذا اجتمعا فالابن منهي عن التقدم علىٰ أبيه؛ فلذلك قال للأب [أن يزوّج][٣].

وجه قول محمد: أن الأب من قومها، والابن ليس منهم، فكان الأب أولىٰ بالولاية؛ ولأنه أحق بالتصرف في [٨٦/ب] مالها فكان أحق بالتصرف في نكاحها، [كالأب مع الأخ][٤].

وعلىٰ هذا الخلاف الجد [مع][٥] الابن، قال أبو يوسف: الابن أولىٰ، فأما

(١) في ب (كالأخ والأم مع الأخ للأب والأب) والمثبت من أ.
(٢) في أ (به الأب).
(٣) في ب (زوّج) والمثبت من أ.
(٤) الزيادة من أ.
(٥) في ب (و) والمثبت من أ.

الجد والأخ، فقال ابن سماعة عن محمد: هما سواء في قول من يقول [بقول] زيد بن ثابت، فأما من جعل الجد بمنزلة الأب فهو أحق، وهذا صحيح؛ لأن الجد عند أبي حنيفة هو العصبة، والأخ لا يرث معه، فحلَّ محل الأجنبي.

وأما على قولهما: فتعصيبهما سواء وهما (يشتركان)[1] في الإرث فصارا كالأخوين.

١٤٧٠ـ فَصل: [تزويج المجنونة]

وقد قال أصحابنا: إن المجنونة تزوج كما تزوج الصغيرة، وقال زفر: إذا طرأ الجنون لم يجز تزويجها.

لنا: [أن الجنون الأصلي][2] يستحق به الولاية عليها، فالطارئ مثله كالرق؛ ولأن الجنون الطارئ يثبت الولاية في مالها، فكذلك في نكاحها كالأصلي.

وجه قول زفر: الولاية بالبلوغ زالت عنها، فما يطرأ بعد ذلك لا يؤثر كالإغماء، وهذا يبطل بالولاية في المال.

١٤٧١ـ فَصل: [الابن يزوِّج المجنونة]

قال أصحابنا: للابن أن يزوج المجنونة، وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يكون من قبيلتها.

لنا: أنه عصبة له قول صحيح كالأب؛ ولأن الشين يلحقه بوضعها نفسها في غير كفء، فصار كما لو كان من قبيلتها.

---

(١) في أ (سواء).

(٢) في ب (أن المجنون تزوج الأصلي) والمثبت من أ.

١٤٧٢ - فَصْل: [ولاية مولى النعمة]

ومولى[١] النعمة أولى من غيره؛ لأنه عصبة، فحل محل العصبة من جهة النسب، فأما مولى الموالاة فيزوج عند أبي حنيفة؛ لأنه وارث وإن لم يكن له تعصيب، وعلى قولهما لا يزوج لأنه لا عصبة له، [فلا يجوز تزويجه].

والله أعلم[٢].



(١) المولى من الولاء: «وهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة»، كما في التعريفات (الولاية)، والمقصود بولي النعمة: هو المولى الذي أنعم عليهما بالعتق، فله الولاية في النكاح.

(٢) انظر التجريد، ٩/٤٣٨٣ وما بعدها.

بَابُ
معرفة الشهود الذين ينعقد بحضورهم النكاح



قال رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب أن الشهادة شرط في عقد النكاح، وقال مالك: إذا شرط الإعلان انعقد العقد بغير شهود، ولو حضر الشهود وشرطوا الكتمان، لم يصح النكاح(١).

والدليل علىٰ اعتبار الشهادة: قوله ﷺ: **«لا نكاح إلا بشهود»**(٢)، وروي: **«لا نكاح إلا [بولي](٣) وشاهدين»**، وفي حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: **«الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة»**(٤). ولأن النكاح لا ينعقد بالإيجاب والقبول حتىٰ ينضم إليه معنىٰ آخر، فشرط أصحابنا الشهادة، وشرط مالك الإعلان، فكان

---

(١) والإشهاد ليس شرطاً في صحة النكاح، وإنما هو شرط كمال في العقد، وشرط في صحة الدخول علىٰ المشهور في المذهب، كما قال ابن الحاجب: «والإشهاد شرط في جواز الدخول لا في صحة العقد» جامع الأمهات ص٢٥٩.
وقال عن الكتمان: «ونكاح السِّرِّ باطل، والمشهور: أنه المتواصىٰ بكتمه وإن أشهد فيه، فيفسخ بعد البناء وإن طال علىٰ المشهور» المرجع السابق نفسه.

(٢) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ، وفي الباب أحاديث، منها: ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن عائشة، قول النبي ﷺ: **«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»**، ١٦٧/٣؛ وروىٰ الدراقطني: (وقال أبو هريرة: وكان يقال: «الزانية تنكح نفسها»)، ٢٢٨/٣؛ وفي الترمذي: (البغايا اللاتي ينكحن أنفسهنّ بغير بيّنة) (١١٠٣) وقال أبو عيسىٰ: «هذا حديث غير محفوظ، لا نعلم أحدًا رفعه، إلا ما روي عن عبد الأعلىٰ، ورویٰ عنه عن سعيد هذا الحديث موقوفًا، والصحيح ما رُوي عن ابن عباس قوله: (لا نكاح إلا ببينة).

(٣) في ب (بشهود) والمثبت من أ.

(٤) الحديث أورده ابن حجر في التلخيص الحبير، وعزاه للبيهقي في الكبرىٰ؛ والدارقطني، ١٥٧/٣.

شرط الشهادة أولى؛ لأن لها مدخلاً في العقود، والإعلان ليس له مدخلٌ في العقود.

١٤٧٣ـ فَصْل: [نكاح السِّر]

وأما نكاح [السِّر](١) فهو عندنا جائز لقوله ﷺ: **«لا نكاح إلا بشهود»**. ولأنه عقد فلا يكون من شرط صحته الإعلان كسائر العقود، والذي روي أنه ﷺ نهى عن نكاح السر، فنكاح السر ما لم يحضره شهود، فإذا حضره شاهدان فقد علن، قال الشاعر [٨٧/أ]:

وسرك ما كان عند امرئ ❊ وسر الثلاثة غير الخفي

١٤٧٤ـ فَصْل: [صفة شهود النكاح]

فإذا ثبت أن حضور الشهود من شرائط العقد، احتجنا أن نبيِّن صفة الشهود الذين ينعقد بحضورهم (العقد.

فقال أصحابنا: كل من ملك القبول بنفسه انعقد بحضوره)(٢) ومن لا يملك القبول بنفسه لم ينعقد بحضوره، وهذا اعتبار صحيح؛ لأن الشهادة من شرائط العقد كالقبول، فاعتبر أحدهما بالآخر.

وحكي عن أبي يوسف أنه قال: كل من جاز الحكم بشهادته في قول بعض الفقهاء انعقد النكاح بحضوره، ومن لا يجوز الحكم بشهادته عند أحد لا ينعقد [النكاح] بحضوره، ونحن نتكلم في تفصيل هذه الجملة، وقد ذكر أبو الحسن:

---

(١) في ج (البتة) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

إن كل مَنْ صَحَّ أن يكون ولياً صَحَّ أن يكون شاهداً، وعلى هذا الطريق الذي قدمناه؛ لأن الولاية شرط كالشهادة.

١٤٧٥ ـ فَصْل: [قبول شهادة الفاسق]

قال أصحابنا: ينعقد النكاح بحضور الفاسقين، وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بحضور من [كان] ظاهره العدالة(١).

لنا: قوله ﷺ: «**لا نكاح إلا بشهود**». ولم يفصل؛ ولأن الفاسق يملك قبول العقد بنفسه كالعدل؛ ولأنها تَحَمُّل للشهادة فجاز من الفاسق كتحمل سائر الشهادات؛ ولأن الفسق يؤثر في الشهادة للتهمة، وهذا المعنى يوجد عند الأداء، فأما التحمل فهو معنى يشاهد لا يتهم فيه، وانعقاد النكاح لا يقف على شهادة من تثبت بشهادته؛ بدلالة مَنْ ظاهره العدالة ولا يعلم عدالة باطنه.

١٤٧٦ ـ فَصْل: [شهادة الأعمى في النكاح]

وينعقد النكاح بشهادة الأعمى؛ لأنه يملك القبول بنفسه، ولأنه من أهل الشهادة.

ألا ترى أن مالكاً يجوّز شهادة الأعمى، وأبو يوسف يجوّز شهادته فيما تحمله وهو بصير، وعند أبي حنيفة(٢) يجوز شهادته على النسب، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالبصير(٣).

---

(١) انظر: المنهاج ص٣٧٥.

(٢) في أ (وعند أبي يوسف ومحمد).

(٣) انظر: الأصل، ١٠/٢٠٩.

١٤٧٧ـ فَصْل: [شهادة المحدود في قذف]

وينعقد بشهادة المحدود في قذف؛ لأنه وإن كان لم يتب فهو فاسق، وقد دللنا على شهادة الفاسق، وإن كان قد تاب فهو من أهل الشهادة.

ألا ترى أن حاكماً لو حكم بشهادته جاز.

١٤٧٨ـ فَصْل: [شهادة العبيد في النكاح]

ولا ينعقد نكاح[1] المسلمين بشهادة العبد؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، ألا ترى أن حاكماً لو حكم بشهادته فسخ حكمه؛ ولأنه لا يملك قبول العقد بنفسه.

١٤٧٩ـ فَصْل: [نكاح المسلمين بشهادة الكفار]

ولا ينعقد نكاح المسلمين بشهادة الكافر؛ لأنه ليس من أهل الشهادة عليها، ولأنه لا يملك قبول نكاح المسلمة.

١٤٨٠ـ فَصْل: [النكاح بشهادة الصبيان والمجانين]

ولا ينعقد بشهادة الصبي والمجنون؛ لأنهما لا يملكان القبول وليسا من أهل الشهادة.

١٤٨١ـ فَصْل: [نكاح الكفار بشهادة الكفار]

وينعقد نكاح الكفار بشهادة الكفار؛ لأن الكافر يملك قبول نكاح الكافرة؛ ولأنه من أهل الشهادة عليهما، على أصلنا؛ [لأن] شهادة بعضهم [على بعض] مقبولة.

---

(١) في أ (النكاح).




١٤٨٢ـ مَسْألة: [زواج المسلم الذمية بشهادة ذِمِّيَّيْن]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا تزوج المسلم [٨٧/ب] الذمية على شهادة ذميين جاز. وقال محمد والشافعي: لا يجوز(١).

والكلام مع الشافعي فرع على أصلنا: أن شهادة الكفار بعضهم على بعض مقبولة، والكلام في هذه المسألة في موضعه.

فأما الكلام مع محمد فلأن الكافر يملك قبول هذا النكاح بنفسه، فحل محل المسلم في حق المسلمة؛ ولأنه يجوز أن يثبت العقد بشهادتهما إذا جحدت الكافرة [وكان حضر معها مسلمان](٢)، ومن جاز أن يثبت به العقد فلأن ينعقد بحضوره أولى.

وجه قول محمد: أن شهادة الكفار ليست بحجة على المسلم، فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة دون كلام الزوج، فلا ينعقد العقد [كشهادة الصبيان إذا بلغوا](٣).

وهذا ليس بصحيح؛ لأن انعقاد النكاح لا يقف على سماع [قول] من يكون قوله حجة؛ ولأن سماع الكفار في حق المسلم سماع صحيح؛ بدلالة أنهم لو أسلموا وقد كان حضر العقد مسلماً جازت شهادة الذميين، فدل على أن سماعهم قد صح.

١٤٨٣ـ مَسْألة: [النكاح بشهادة النساء]

قال أصحابنا: ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين، وقال الشافعي: [لا

---

(١) انظر: المهذب ٤/١٣٦؛ الروضة ٧/٤٥.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) الزيادة من أ.

تقبل] شهادة النساء في النكاح[1]، والطلاق، والعتاق، [والوكالة].

والدليل على ما قدمنا: أن ما جاز إثباته بالشهادة على الشهادة، جاز بشهادة الرجال والنساء كالأموال؛ ولأن كل شهادة جاز أن يثبت بها المال، جاز أن ينعقد بها [النكاح][2] كشهادة رجلين.

١٤٨٤ـ فَصْل: [سماع الشهود كلام العاقدين]

قال: يحتاج الشهود أن يسمعوا كلام العاقدين جميعاً، وإن سمعا كلام أحدهما (ولم يسمعا كلام الآخر)[3]، لم يصح؛ وذلك لأن الشهادة شرط [في] العقد، والعقد هو الإيجاب والقبول، فاعتبرت الشهادة في أحدهما كالآخر.

١٤٨٥ـ فَصْل: [اعتبار الشهادة في العقد]

قال: وإذا كان عقد النكاح موقوفاً، اعتبر حضور الشهود عند العقد دون الإجازة، فإن حضروا عند الإجازة ولم يحضروا عند العقد لم يجز؛ وذلك لأن الانعقاد إنما يكون بالإيجاب والقبول، والإجازة تجري مجرى إسقاط الخيار في البيع، فإذا انعقد [العقد بالإيجاب والقبول، اعتبرت الشهادة فيه؛ ولأن الملك يقع][4] عند الإجازة [بالعقد]، وما يقع به الملك هو الذي يشرط فيه الشهادة؛ [فلذلك اعتبرت الشهادة في العقد][5][6].

(١) انظر: المهذب ٤/١٣٦؛ المنهاج ص٣٧٥؛ رحمة الأمة ص١٧٧.
(٢) في ب (المال) والمثبت من أ.
(٣) في أ (دون الآخر).
(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ.
(٥) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ.
(٦) انظر: الأصل، ١٠/٢٠٩ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٤٦؛ والتجريد، ٩/٤٣٥٧ وما بعدها.

بَابُ
ما يصح به عقد النكاح

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قد قدمنا معرفة الولي والشهود ولفظ العقد، فلا يجوز [عقد النكاح][1] علىٰ صغيرة ولا مجنونة إلا باجتماع ذلك كله عند أصحابنا جميعاً.

قال: والأصل في اعتبار الولي في نكاح الصغيرة والمجنونة، أنهما مُولىٰ عليهما، والعقد علىٰ المُولىٰ عليه لا يصح إلا من ولي، أصله: العبد والأمة، وقد دل عليه قوله ﷺ: «**أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر**»[2].

١٤٨٦ـ فَصْل: [تولّي البالغة العاقلة نكاح نفسها]

فأما البالغة الصحيحة العقل فإنها لا تحتاج إلىٰ ولي في صحة نكاحها، فإن زَوّجت [٨٨/أ] [هي] نفسها أو جعلت أمرها إلىٰ رجل فزوّجها، أو زوّجها رجل أجنبي فبلغها ذلك فأجازت، فذلك جائز إذا كان الزوج كفؤاً، وكانت قد [استوفت][3] مهر مثلها، وهذا قول أبي حنيفة وهو قول زفر وأبي يوسف الأول، ثم رجع عنه أبو يوسف فقال: لا يجوز العقد إلا أن يجيزه ولي، أو يعقد برضاها، أو يجيزه الحاكم[4].

(١) في ب (العقد) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٧٨)؛ والترمذي (١١١١)، وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (١٩٦٠)، وغيرهم.

(٣) في أ (استوجبت).

(٤) قال في الأصل: «وإذا زوّجت المرأة بكرًا كانت أو ثيبًا نفسها زوجًا بشاهدين، وهو كفء لها،=

قال أبو يوسف: وإن مات أحدهما قبل أن يجيزه الحاكم أو الولي والزوج هو كُفءٌ توارثا، رواه ابن الوليد وحبان بن بشر، وهشام، وهي إحدىٰ روايتي ابن أبي مالك، وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي يوسف قال: لا يتوارثا كُفْأً كان أو غير كُفْءٍ، وهي إحدىٰ روايتي ابن أبي مالك.

وقال محمد في كبيرة زوجت نفسها: إن العقد لا يجوز حتىٰ يجيزه الولي، فإن ماتا لم يتوارثا وإن كان كفؤاً وهي بمنزلة الأمة إذا [زوّجت نفسها][1] بغير إذن مولاها، فإن طلقها لم يلزمه طلاق ولا ظهار؛ وإن وطىء كان وطؤه حراماً، روىٰ ذلك حبان بن بشر عن أبي رجاء، قال ابن أبي رجاء: ثم سألت محمداً عن امرأة فقيرة ليس لها حسب، (طلبها)[2] رجل فقير يعمل ويكفيها، وليس لها ولي، قال يترافعان إلىٰ الحاكم، فقلت له: [أما][3] يتم ذلك في شهود، فقال: [فيتمّ][4] بقول سفيان، قلت: وما يقول سفيان؟ قال: إذا كان للمرأة ولي لم يجز عقدها إلا بإذنه، فإن لم يكن لها ولي جاز عقدها علىٰ نفسها، فلم أزل حتىٰ قال بقول سفيان.

وقال الشافعي: لا يجوز العقد إلا بالولي أو الحاكم[5].

وجه قول أبي حنيفة: قوله ﷺ: «**الأيم أحق بنفسها من وليها**»[6]. وحديث

= فهو جائز». ١٠/١٩٨. انظر: مختصر القدوري ص٣٣٥.

(١) في ج (تزوجت) والمثبت من أ.

(٢) في أ (زوجها).

(٣) في ج (وإنما) والمثبت من أ.

(٤) في الأصل (افتهم) والمثبت يدل عليه السياق.

(٥) انظر: المهذب ٤/١٢٢؛ المنهاج ص٣٧٥؛ رحمة الأمة ص١٧٥.

(٦) أخرجه مسلم (١٤٢١)، وغيره.

ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**ليس للولي مع الثيب أمر**»[1]؛ ولأنها تملك التصرف في مالها بعوض وغير عوض كالرجل.

ووجه قولهما: حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل**»[2].

وهذا الخبر لا يصح الاحتجاج به؛ لأن ابن جريج رواه عن سليمان ابن موسى عن الزهري، قال ابن جريج: ثم لقيت الزهري فذكرت ذلك له فأنكره، والراوي إذا أنكر الخبر لم يصح روايته عنه؛ ولأن من مذهب عائشة رضي الله عنها جواز النكاح بغير ولي، ويستحيل أن تروي خبراً وتخالفه.

ويقولان: إن حق الولي ثابت في العقد بدلالة اعتراضه عليه، وإذا ثبت حقه وقف انعقاده عليه؛ لاستدراك حقه كالعقد على الأمة[3].

١٤٨٧ـ فَصْل: [إذن الولي للمرأة في النكاح]

وقد قال أبو يوسف ومحمد: إن الولي إذا أذن للمرأة في النكاح فعقدت جاز، وقال الشافعي: لا ينعقد النكاح بقول المرأة بحال[4].

لنا: ما روي أن عائشة رضي الله عنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن

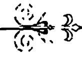
---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٠٨٩)؛ وأبو داود (٢١٠٠)؛ والنسائي (٣٢٦٣).

(٢) أخرجه أبو داود: «**فنكاحها باطل ثلاث مرات**» (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢)؛ والنسائي في الكبرى (٥٣٩٤)؛ وابن حبان في صحيحه (٤٠٧٤).
انظر: الدراية، ٢/٦٠.

(٣) انظر: الأصل، ١٠/٢٥٩ وما بعدها؛ والتجريد ٩/٤٢٣٧.

(٤) انظر: المنهاج ص٣٧٥.

الزبير[١] ؛ ولأن العقد حق لها [وقولها][٢] صحيح ، فجاز أن تستوفي حقها من العقد كسائر العقود ؛ (ولأنه نوع عقد فجاز للمرأة عقده كسائر العقود)[٣] . [٨٨/ب]

وجه قول أبي يوسف: أنها إذا زوجت نفسها كفأً ثم مات أحدهما توارثا ، [قبل الإجازة] ، وإنما كان كذلك لأن العقد وقع على شرائط الصحة .

ألا ترى أن الولي منهي عن الامتناع من إجازته ، ولو فعل ذلك كان عاضلاً فصار كعقد الرجل .

وجه قول محمد: أنه عقد يتم بالإجازة كالعقد الموقوف .

١٤٨٨ـ فَصْـل:

ووجه قول محمد في الفرق بين مَنْ لها ولي ومَنْ لا ولي لها: أن وقوف العقد على إذن الولي لحقه لا لحقها ، فمن لا ولي لها فلا حق إلا لها فإذا عقدت جاز عقدها . والله أعلم .

١٤٨٩ـ فَصْـل: [امتناع الولي من إجازة من زوّجت نفسها]

وقد قال أبو يوسف: إذا زَوَّجت نفسها كفأً وبلغ الولي فامتنع من الإجازة ، فرفعت أمرها إلى الحاكم ، فإنه يجيزه ، وقال محمد: يستأنف العقد .

وجه قول أبي يوسف: أن الولي ليس له الامتناع من الإجازة إذا لم تُفَوِّت عليه بالعقد حقاً ، فإذا امتنع فقد عضلها ، فخرج من أن يكون ولياً ، وصار الحاكم

(١) أورده ابن حجر في الفتح ، ٩/٢٢٥ .
(٢) في ج (قول) والمثبت من أ.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

هو الوِليّ فإذا أجازه جاز.

وجه قول محمد: أن العقد وقف على الوليّ، فلما[1] امتنع من إجازته فقد رده، فبطل برده، فلا يصح إلا باستئناف عقد.

١٤٩٠ـ فَصْـل: [فسخ الأولياء لنكاح من زوّجت نفسها]

فإن وضعت نفسها في غير كُفْءٍ كان للأولياء أن يفسخوا؛ لأن العقد وإن كان من حقوقها فقد ألحقت بأوليائها الضرر للشَّيْن الذي يلحقهم لعدم الكفاءة، فكان لهم الاعتراض كالشفيع الذي يعترض [على] عقد المشتري لدفع الضرر عن نفسه وإن كان العقد جائزاً.

١٤٩١ـ فَصْـل: [اعتراض الأولياء إذا قصرت عن مهر مثلها]

فأما إذا قصرت عن مهر مثلها، كان للأولياء أن يعترضوا عليها عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا اعتراض لهم في ذلك، وبه قال الشافعي.

وإنما يتصور الخلاف في هذه المسألة على قولهما إذا أذن لها الولي أن تتزوج، وعلى مذهب الشافعي إذا أذن لرجل أن يزوجها فزوجها بأقلّ من مهر مثلها برضاها.

وجه قول أبي حنيفة: أنها تصرفت على وجه يُلحق الشَّين بأوليائها، فصار كما لو تزوجت بغير كُفْءٍ؛ ولأنها تلحق الضرر بنساء قبيلتها؛ لأن مهور مثلهن إذا تقادم العهد اعتبر بها، وهي لا تملك إلحاق الضرر بالقبيلة.

---

(١) في أ (فإذا).

وجه قولهما: أن المهر حق من حقوقها كالثمن في البيع، [والأجرة][1] في الإجارة؛ ولأنها لو وهبت المهر بعد تسميته لم يكن لهم الاعتراض، فإذا سامحت ابتداء مثله. والله أعلم[2].

١٤٩٢ـ فَصل: [إكراه العاقلة البالغة على النكاح]

قال: ولا يجوز نكاح أحد على بالغة صحيحة العقل من أب أو سلطان بغير رضاها بكراً كانت أو ثيباً. وقال الشافعي: للأب أن يُجبر البكر على النكاح[3].

[لنا]: حديث ابن عباس وابن عمر وجابر (**أن النبي ﷺ ردَّ نكاح امرأة بِكر زوَّجها أبوها وهي كارهة**)[4]؛ ولأن لها أن تطالب الأب بالعقد [٨٩/أ] إذا امتنع فكان لها الامتناع من العقد كالثيب؛ ولأنها تملك الإقرار بالعقد على نفسها، فلا يجوز لأحد إكراهها على العقد كالرجل، ولأنه لا يملك أن يجبرها على عقد أمتها، فلا يجبرها على عقد نفسها كالرجل.

١٤٩٣ـ مَسألة: [تزويج البالغة بغير أمرها]

وإذا زُوِّجت المرأة البالغة بغير أمرها بشهود ومهر، فالعقد موقوف عليها، فإن كانت ثَيِّباً لم يجز العقد إلا أن تجيزه بقول أو فعل منها يدل على الرضا، فأما البكر إذا بلغها فصمتت فإن كان المزوج ولياً جاز النكاح، وإن كان أجنبياً لم يجز

---

(١) في ب (الإجازة) والمثبت من أ.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٥٠ وما بعدها.

(٣) انظر: المنهاج ص٣٧٥.

(٤) أخرجه ابن حجر في المطالب العالية ٨/١٤٤؛ وذكر اسمها في الفتح اختساء بنت جذام) وقال: «ولم يقل فيه بكراً ولا ثيباً، قال الدارقطني رواه أبو عوانة عن عمرو مرسلاً». ٩/١٩٦؛ ورواه الطحاوي في المشكل وقال «وكانت ثيباً»، ١٤/٤٤٤.

النكاح عليها بالسكوت ، ولا يجوز عليها إلا كما يجوز على الثيب بقول أو فعل .

أما وقوف العقد عليها ؛ فَلِمَا بَيَّنَّا أن الولي لا يملك إجبارها على العقد ، فلا بد من اعتبار الرضا منها ، فإن كانت ثيباً فَرِضاها بالقول أو بالفعل الذي يدل على الرضا ، وذلك لقوله ﷺ: «**والثيب تشاور**»[١]. ولأن رضاها لما اعتبر في العقد صار كالرضا في عقد البيع ، فلا يقع بالسكوت .

وأما الفعل الذي يدل على الرضا: فتمكينها من نفسها أو المطالبة بمهرها أو نفقتها ؛ لأن هذا لا يكون إلا مع جواز العقد . ومَنْ خيِّر بين إجازة العقد وإبطاله إذا فعل ما يدل على الإجازة قام مقام قوله «قد رضيت» ؛ لقوله ﷺ لبريرة: «**إن وطأك زوجك فلا خيار لك**»[٢].

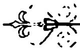
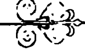
وأما البكر إذا زَوَّجها الولي فسكتت: فالقياس أن لا يكون رضا ؛ لأن الساكت قد يكون راضياً ، [وقد] يكون ساخطاً ، فلا يجوز إثبات الرضا بالشك ، وإنما تركوا القياس لقوله ﷺ لما قيل له إنها تستحي ، فقال: «**إذنها صماتها ، وسكوتها إقرارها**»[٣]. وأما إذا زَوّجها غير الولي أو وليٌّ وهناك أقرب منه فلا تكون إجازتها إلا بالقول أو الفعل الدال على الرضا ؛ لأن عقده يجوز من حيث الوكالة لا الولاية ، والوكالة لا تكون إلا بالكلام ؛ ولأنها إنما تستحي من أوليائها ولا تستحي من الأجانب ، فصارت في حكمهم كالثيب .

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ، ٢/٢٢٩ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، ٣/٥٠٦ .

(٣) الجزء الأول من الحديث أخرجه البخاري (٦٥٦٩) ؛ وفي رواية لمسلم بزيادة (وربما قال: وصمتها إقرارها) (١٤٢١) ؛ وأورده ابن عبد البر في التمهيد ، ١٩/٩٨ ؛ والنووي في شرح مسلم ، ٩/٢٠٤ .

١٤٩٤ـ فَصْل: [البكاء من دلالة الرضا]

روىٰ هشام عن أبي يوسف: في البكر إذا بلغها النكاح فبكت أو ضحكت فهو رضا، وروي عنه: أن البكاء ليس برضا، وهو قول محمد.

وجه قول أبي يوسف: أن البكاء يكون من شدة الحياء فصار كالسكوت.

وجه قول محمد: أن البكاء يدل علىٰ الكراهة فصار كالامتناع.

١٤٩٥ـ فَصْل: [السكوت من دلالة الرضا]

روىٰ ابن سماعة عن محمد: في البكر يزوجها وليّان كل واحد منهما لرجل، فبلغها ذلك فأجازتهما [جميعًا] بطلا؛ لأنها جمعت بينهما في الإجازة فكأنها تزوجت بزوجين، ولو بلغها فسكتت لم يكن ذلك رداً ولا إجازة حتىٰ تجيز، وروىٰ حفص بن صالح عن محمد: إذا بلغها فسكتت بطلا جميعاً.

وجه رواية ابن سماعة: أن الإجازة لا يستدل عليها بالسكوت.

ألا ترىٰ أنه لا يحمل علىٰ إجازة [٨٩/ب] العقدين؛ لأن ذلك لا يجوز، ولا يجوز أن يحمل علىٰ أحدهما؛ لأنه ليس أحدهما أولىٰ من الآخر، فلم يبق إلا أن يبطل حكم السكوت ويقف الأمر علىٰ الإجازة بالقول.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن السكوت قد أجري مجرىٰ الإجازة بالقول بدلالة العقد الواحد، فكأنها أجازت العقدين.

١٤٩٦ـ فَصْل: [استئمار البكر في الابتداء]

قال: وكذلك إن استؤمرت في الابتداء فسكتت البكر فهو إذْنٌ إذا كان

[المستأذن] ولياً ؛ وذلك (**لأن النبي ﷺ كان إذا خطبت إحدىٰ بناته دنىٰ من خِدْرها وقال إن فلاناً يذكر فلانة**)[1] ، ثم يزوجها ، فدل علىٰ أن السكوت في استئمار الولي كالإذن.

وقد قالوا في الولي إذا قال للبكر: إني أريد أن أزوِّجك فلاناً ، فقالت: غيره أولىٰ منه ، لم يكن ذلك إذناً ، ولو زَوَّجها ثم أخبرها ، فقالت: قد كان غيره أولىٰ منه كان إجازة ؛ وذلك لأنه إذا استأمرها في ابتداء العقد فقد أخبرت أن رأيها في غير ذلك العقد ، فلا يجوز أن يعقد بغير رأيها ، وأما إذا عقد فقد أخبرت أن رأيها في غير العقد وسكتت عن الرد مع انعقاده [عليها] فنفذ عليها.

وقد قالوا في الولي إذا قال لها إني أزوّجك فلاناً أو فلاناً ، حتىٰ عدَّد جماعة فسكتت فبأيّهم زوّج جاز ؛ لأن السكوت لما دلَّ علىٰ الرضا صار كأنها أذنت له أن يزوجها أحدهم ، ولو سمّىٰ[2] لها جماعة مجملاً ، فقال أزوجك من جيراني أو بني عمي فسكتت فإن كانوا يحصون فهو رضا ، وإن كانوا لا يحصون فليس برضا ؛ (لأن من يحصىٰ قد علم بالذكر ، فصار السكوت فيهم رضا ، ومن لا يحصىٰ)[3] لا يجوز أن يرضىٰ به مع جهالته فلا يستدل بالسكوت علىٰ الرضا.

١٤٩٧ ـ مَسْألة: [القول في دعوىٰ الإذن والرضا]

وإذا زوج المرأةَ ولي ؛ فقالت: لم أرضَ ولم آذن ، وقال الزوج: قد أذنتِ

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٧/١٢٣ ؛ وسعيد بن منصور في سننه ١/١٨٦ ؛ وعبد الرزاق في المصنف ٦/١٤١ ؛ ومسند أبي حنيفة ١/١٢٧ ؛ وأحمد في المسند ٦/٧٨ ، وأورده الهيثمي وقال: «رواه أحمد وأبو يعلىٰ وفيه أيوب بن عتبة وهو ضعيف وقد وثق» ، ٤/٢٧٨.

(٢) في أ (سألها).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

فالقول قول المرأة ؛ وذلك لأن الزوج يدعي عليها الرضا والإذن وهو معنىٰ حادث ، ومن ادعىٰ معنىً حادثاً لا يقبل قوله إلا ببينة ؛ ولأنه يدَّعي انتقال الملك فلا يقبل (قوله)[1].

١٤٩٨ـ فَصْـل: [الرد بعد بلوغ العقد]

قال أصحابنا في البكر إذا زُوِّجت فقال الزوج[2]: بلغك العقد فسكَتِّ، وقالت: رددت ، فالقول قولها. وقال زفر: القول قول الزوج.

وجه قولهم: أنه يدعي عليها انتقال الملك ، والأصل عدم الانتقال ، فلا يثبت الانتقال بالظاهر ، ولا يلزم علىٰ هذا إذا ادعىٰ المشتري إجازة البائع للعقد المشروط فيه الخيار بعد [الثلاثة] ؛ لأن الملك لا ينتقل بالظاهر ، وإنما مُضِيّ المدة هو السبب في الانتقال للملك ؛ ولأن السكوت [ظاهر] يدعيه الزوج ، وبقاء ملكها ظاهر تدّعيه ، فيقابل الظاهران ، والأصل أن الملك لم ينتقل ، فبقي علىٰ ما كان عليه.

وجه قول زفر: أن الأصل السكوت ، والزوج يدعي الأصل وهي تدعي معنىً حادثاً ، فلا يقبل قولها إلا بدليل.

١٤٩٩ـ فَصْـل: [الاختلاف في دعوىٰ الإذن]

[٩٠/أ] قال أبو حنيفة: إذا ادعىٰ الزوج عليها الإذن أو السكوت ، وادعت أنها لم تأذن ، فالقول قولها ولا يمين عليها.

(١) في أ (قولها).
(٢) زيادة هنا: (وجه) في ب.




وقال أبو يوسف ومحمد: القول قولها مع يمينها، فإن حلفت بطل العقد، وإن نكلت لزمها.

قال: وجملة هذا أن عند أبي حنيفة لا يستحلف في ثمانية أشياء: النكاح وحقوقه، مثل الرجعة، والفيء في الإيلاء، والنسب، والرق وحقوقه كالاستيلاد، والولاء، والحدود.

وقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف في جميع ذلك إلا في الحدود. وقال الشافعي: يستحلف في حد القذف أيضاً.

والخلاف في هذه المسألة فرع علىٰ أن النكول ما هو؟

فعند أبي حنيفة قائم مقام البذل، وليس [بصريح] بذل، وقالا: قائم مقام الإقرار، ومنزلته من الإقرار منزلة الشهادة علىٰ الشهادة.

وجه قول أبي حنيفة: أن المدَّعىٰ عليه إذا كان بريئًا من الدعوىٰ، [فهو] مخير بين إسقاطها عن نفسه باليمين وبين التزامها بالنكول، ومن خيِّر بين إسقاط الشيء عن نفسه أو التزامه، فإذا التزمه كان بالإذن كالموصي والواهب، ولا يلزم الإقرار؛ لأن المقر ليس بمخير، ألا ترىٰ أنه إن كان صادقاً لزمه أن يقر، وإن كان [كاذبًا][1] لم يجز له أن يقر؛ ولأن النكول لا يتعلق به حكم في حق من صح من جهته إلا بمعنىٰ آخر ينضم إليه، فكان بذلاً كالهبة والوصية، ولا تلزم الشهادة؛ لأن الحكم يتعلق بها في حق من لم يصح من جهته.

وجه قولهما: أن النكول يثبت حكمه من المكاتب والمأذون والوكيل،

(١) في ب (بريئًا) والمثبت من أ.

وبذل هؤلاء يَصِحُّ ، فلو كان بذلاً لم يصح ممن لا يصح بذله ، فدل على أنه إقرار ؛ لأنه يصح ممن يصح إقراره.

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن عند أبي حنيفة ليس بصريح بذل ، وإنما أجري مجرى البذل ، وهؤلاء يصحّ منهم ما أجري مجرى البذل كالمحاباة ثم نقلب هذا الكلام عليهما ، (فنقول)[(١)]: إن نكول المأذون بعد الحجر عليه يتعلق به حكم ، وإن كان لا يصح إقراره ، فلو قام مقام الإقرار لم يصح ممن لا يصح إقراره ، وإذا ثبت لأبي حنيفة أن النكول أجري مجرى البذل ، وبذل هذه الأشياء من طريق الحكم لا يصح ؛ لأن استيفاءها مع البذل كاستيفائها من غير بذل في الحكم المتعلق بها ، فلم يمكن استيفاؤها بالنكول ، وإذا لم يستوفِ بالنكول لم تكن في اليمين فائدة ، ومالا فائدة فيه لا يصح المطالبة به ، ولا يلزم على هذا دعوى الجناية ؛ لأنها إن كانت فيما دون النفس ، استوفيت بالنكول واليمين فيها فائدة ، وإن كانت في النفس فقد كان القياس أن يستوفي ؛ لأن استيفاءها بالبذل ليس كاستيفائها من غير بذل في الأحكام.

ألا ترى أن من أذن لرجل في قتله [فقتله] ، لم يجب عليه القصاص ، وإنما استعظموا حرمة النفس فقالوا يحبس الناكل حتى يقرَّ ، أو يحلف فلم يمكنه [٩٠/ب] إسقاط اليمين عن نفسه من غير شيء يلزمه ، فكانت اليمين حقاً ، وفي مسألتنا لما لم يستوفِ بالنكول أمكن المدعى عليه إسقاط اليمين عن نفسه من غير شيء يلزمه ، فلم يكن حقاً.

فإن قيل: [هلّا][(٢)] قلتم إنه يحبس في هذه المسائل كما قلتم في دعوى القتل؟

---

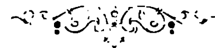
(١) في أ (فيقال).

(٢) في ج (فلِمَ لا) والمثبت من أ.

قلنا: اليمين في القتل يجوز أن يكون نفس الحق، بدلالة القسامة، يستحلف أهل المحلة مع بذل المال، واليمين في غير النفس ليست نفس الحق فلا يحبس لأجلها.

وجه قولهما: أن النكول قائم مقام الغير، فما جاز إثباته بما قام مقام الغير من الشهادة على الشهادة؛ جاز إثباته بالنكول، والأشياء السبعة يجوز إثباتها بالشهادة على الشهادة، فكذلك بالنكول، وأما الحدود فلا تثبت بالشهادة على الشهادة فكذلك بالنكول، ولهذا لا يستحلف فيها.

وأما على الشافعي فنقول: ما لا يصح بذله لا يستحلف فيه كحد الزنا، ونقول في حد القذف: إنه حد فلا يستحلف فيه كحد الزنا. والله ﷻ أعلم[1].



---

(١) انظر: الأصل، ١٠/١٩٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٧٧ ما بعدها؛ التجريد ٩/٤٣٠١ وما بعدها.

بَابُ
ما جاء في جواز النكاح على الصغير



قال أصحابنا: يجوز للولي تزويج الصغير والصغيرة، وقال ابن شبرمة: لا يجوز.

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، والأيامىٰ: عبارة عمن لا زوج لها صغيرة كانت أو كبيرة؛ (**ولأن النبي ﷺ تزوج عائشة وهي بنت ست سنين وبنىٰ بها وهي بنت تسع سنين**)[١]، وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير [يوم ولدت[٢]، فقيل له في ذلك، فقال: إن أمت فهي خير ورثتي، وإن عشت فهي بنت الزبير][٣]، (وزوَّج علي عليه السلام عمر بن الخطاب أم كلثوم وهي صغيرة)[٤][٥]، وزوج عبد الله بن عمر بنته وهي صغيرة عروة بن الزبير؛ ولأنه عقد يتضمن المنافع فجاز أن يملك علىٰ الصغار بالولاية كعقد الإجارة.

واحتج ابن شبرمة: أن هذا العقد يتأبد فتستحق منافعها بعد البلوغ، فكأنه عَقَدَ عليها بعد بلوغها، وهذا يبطل بالبيع؛ لأن ملكها يستحق علىٰ التأبيد، ولا يصير كأنه عَقَدَ عليه بعد البلوغ.

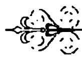
(١) أخرجه الطبراني في الكبير، ٢٣/٢٣.

(٢) النص إلىٰ هنا أورده عليّ القاري في مرقاة المفاتيح، ٢٦٨/٦.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من ج، وزيدت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف وفيه «وهي جارية تلعب مع الجواري» ١٦٣/٦؛ وابن عبد البر في الاستيعاب، ١٨٠٧/٤.

١٥٠٠ـ فَصْل: [الولي يتولى تزويج الثيب الصغيرة]

وقد قال أصحابنا: إنّ للولي تزويج الثيب الصغيرة، وقال الشافعي: لا يجوز(١).

لنا: أنها لا تملك التصرف في نفسها ولا مالها، فيملك الولي عقد النكاح عليها كالبكر؛ ولأنه معنى في المولى عليه لا يوجب انتقال الولاية إليه، فلا يوجب زوال الولاية عنه كالجنون وفوات الأعضاء.

١٥٠١ـ فَصْل: [الخيار في الزواج إذا بلغت الصغيرة]

وروى ابن سماعة عن محمد: أن الأب إذا زوّج الصغيرةَ، فالقياس: أن يثبت لها الخيار إذا بلغت، والاستحسان: أن لا يثبت.

وجه القياس: أنها ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها، فصارت كالأمة إذا أعتقت.

وجه الاستحسان: أن النبي [٩١/أ] ﷺ لم يخير عائشة رضي الله عنها عند بلوغها، ولو كان ذلك حقاً لها أعلمها إياها.

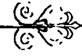
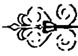
١٥٠٢ـ فَصْل: [الصغيرة يزوجها غير الأب]

وقد قال أصحابنا: إن الصغيرة يزوجها غير الأب والجد مثل العم والأخ، وقال الشافعي: لا يزوجها إلا من له وِلاد(٢).

---

(١) قال النووي: «وليس له [للأب] تزويج ثيب إلا بإذنها، فإن كانت صغيرة، لم تزوّج حتى تبلغ..» المنهاج ص٣٧٦.

(٢) قال الشيرازي: «ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن» المهذب ١٢٥/٤.

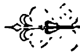
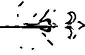
والدليل على ما قلنا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]، قالت عائشة رضي الله عنها: نزلت في شأن اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها ولا يعطيها من الصداق ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن حتى يقسطوا لهن في الصداق، وأبيح لهم نكاح(١) من سواهن، ثم أنزل الله تعالى قوله: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۖ قُلِ اللَّهُ﴾ الآية [النساء: ١٢٧]، فنزلت في شأن اليتيمة تكون في حجر وليها وهي شريكته في المال فيرغب عن نكاحها، ويمتنع أن يزوجها؛ لئلا يؤخذ مالها من يده، وفي كل واحدة من [الآيتين](٢) دليل على تزويج من لا وِلادَ له(٣).

ألا ترى أن الولي الذي يجوز أن يتزوج هو ابن العم، فلو كان عقده لم يصح لم يمنع لنقصانه في الصداق، ولم يدم على رغبته عن نكاحها؛ ولأن العم يملك تزويجها بالولاية بعد البلوغ، [فملك](٤) ذلك قبله كالأب؛ ولأن البلوغ من الأسباب المزيلة للولاية، فلو كان العم [لا](٥) يجوز عقده على الصغيرة، لاستفاد الولاية بالسبب الموجب لزوال الولاية، وهذا لا يصح؛ ولأنه يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ في الكفاءة، فيملك تزويجها بولاية النسب في حال الصغر كالأب.

١٥٠٣ـ فَصْل: [الخيار بعد البلوغ إذا زوّجها غير الأب]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا زَوَّج العَمُّ أو الأخُ الصغيرةَ ثم بلغت، فلها

(١) في أ (إنكاح).
(٢) في ب (اثنتين) والمثبت من أ.
(٣) انظر الروايات الواردة في ذلك: تفسير ابن كثير، ٢/٨٤٤، ٨٤٥ (دار ابن حزم).
(٤) في ب (فهلك) والمثبت الذي يدل عليه السياق كما في أ (فكذلك).
(٥) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

الخيار، وقال أبو يوسف: لا خيار لها.

فوجه قولهما: أنَّ العمَّ تصرف عليها في المال [وهو المهر][1]، ولا ولاية له فيه فلم ينفذ تصرفه، ولا يملك إزالة تصرفه في الملك إلا بفسخ العقد الموجب للمال؛ ولأنه عقد عليها في حال لا تملك العقد على نفسها بولاية غير متكاملة، [فصار كالمولى إذا زوّج أمته، ولا يلزم الأب؛ لأن ولايته متكاملة][2] في البضع والمال جميعاً من جهة واحدة، ولا يلزم الجد إذا زوجها وهناك وصي أب، لأنَّا [لا] نعرف الجواب[3] في هذه المسالة؛ ولأن ولاية الجد) في الجملة متكاملة، وولاية العم لا تكمل في حال.

وجه قول أبي يوسف: أنه يلي عليها في النكاح، والمهر تبع فيه؛ بدلالة أنه يصح مع السكوت عنه، ولا[4] يفسد بفساده، وإذا ولي في المتبوع ولي في التبع[5].

١٥٠٤ـ فَصْل: [خيار الصغيرة إذا زوّجها القاضي]

وظاهر ما ذكره في الأصل: أن القاضي إذا زوَّج الصغيرة فلها الخيار؛ ولأنه قال: إذا زوجها غير الأب والجد فلها الخيار، وروى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة: أنه لا خيار لها، وقال محمد: لها الخيار.

وجه رواية الأصل: أن ولاية العم أقوى من ولاية الحاكم.

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ب.
(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب والمثبت من أ.
(٣) في ج (وإنما) والمثبت من أ.
(٤) في أ (ولأنه يفسد بفساده).
(٥) انظر: الأصل، ٢٥٢/١٠.

ألا ترىٰ أن الحاكم لا يتصرف مع وجوده، فإذا ثبت الخيار في تصرف العم فالحاكم أولىٰ.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن الحاكم يملك التصرف في البضع والمال من جهة واحدة فصار [٩١/ب] كالأب.

١٥٠٥- فَصْـل: [خيار الصغير والصغيرة بعد البلوغ إذا زوّجهما العم]

وإذا زوّج العم الصغيرَ أو الصغيرة ثم بلغا، فإن كانت بكراً فسكتت عقيب بلوغها سقط خيارها، وإن كانت وُطِئت قبل البلوغ لم يبطل خيارها، إلا بالقول أو الفعل الذي يستدل به علىٰ الرضا، وكذلك الغلام.

أما البكر فلأن سكوتها أجري مجرىٰ قولها قد رضيت [في الشرع]، ولو قالت عقيب بلوغها: قد رضيت، جاز عليها، فكذلك السكوت.

وأما الثيب فسكوتها لا يدل علىٰ الرضا، فوقف الرضا علىٰ قولها، أو ما أجري مجراه، وكذلك الغلام لا يستدل بسكوته علىٰ الرضا، فما لم يقل قد رَضيتُ أو يفعل فعلاً يستدل به علىٰ الرضا لا يسقط خياره(١).

١٥٠٦- فَصْـل: [الفُرقَة بعد تمام العقد لمعنىٰ في المعقود عليه]

ولا تكون الفُرقة في ذلك إلا عند القاضي، والأصل في هذا: أن كل فسخ ثبت بعد تمام العقد لمعنىٰ في العقد، فإنه لا يثبت إلا بتراضيهما(٢) أو بحكم الحاكم كالرد بالعيب، وكل فسخ ثبت بعد تمام العقد لمعنىٰ في المعقود عليه؛

(١) انظر: الأصل ١٨٦/١٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٩٠/٤ وما بعدها؛ والتجريد ٤٢٨٩/٩ وما بعدها.

(٢) في أ (بعد تراضيهما).

فإنه لا يثبت إلا بحكم الحاكم كالفسخ بالعِنة، وكل فسخ ثبت قبل تمام العقد، فإنه لا يقف على حكم الحاكم كرد الإيجاب قبل القبول.

١٥٠٧ـ فَصْـل: [هل الفرقة طلاق؟]

وهي فرقة بغير طلاق؛ وذلك لأن كل فرقة يشترك في سببها الرجل والمرأة ويتساويان فيه، فإنها لا تكون طلاقاً كالرضاع، ولا يلزم الإباء؛ لأنهما لا يتساويان فيه.

ألا ترى أن إسلام المرأة يوجب العرض على الزوج بكل حال، وإسلام الزوج قد يوجب العرض وقد لا يوجبه.

١٥٠٨ـ فَصْـل: [المهر إذا وقعت الفُرقة قبل الدخول]

قال: ولا مهر على الزوج إذا لم يدخل بها، أما [المرأة][1] إذا اختارت قبل الدخول فلا مهر لها؛ لأنها استحقت البضع على زوجها قبل الدخول كالمرتدة، وأما الغلام إذا اختار [الفُرقة][2] قبل الدخول فلا مهر عليه، وليس في الأصول فرقة من جهة الزوج لا يتعلق بها مهر إلا هذه.

والوجه فيه: أن الخيار فيه ثابت، فلو وجب عليه المهر لم يكن لإثبات الخيار معنى؛ لأنه يملك الطلاق، فلما ثبت الخيار عُلِم أنه ثبت لفائدة وهي سقوط المهر، وأما الفُرقة بعد الدخول فلا تسقط المهر؛ لأنه استوفى المعقود عليه، والفُرقة بعد استيفاء المعقود عليه لا تسقط (البدل)[3]. والله ﷻ أعلم بالصواب، وإليه المآب.

---

(١) الزيادة من أ.
(٢) الزيادة من أ.
(٣) في أ (المهر).

بَابُ
معرفة البكر



قال: أحكام البكر والثيب في النكاح مختلفة؛ لأن البكر قد بَيَّنَّا أن سكوتها رضا، والثيب لا يكون سكوتها رضا، وللأب أن يقبض مهر البكر بغير إذنها ما لم تنهه عن ذلك، وليس له أن يقبض مهر الثيب إلا بإذنها، وإذا اختلفت أحكامها وجب أن يبين كل واحدة منهما.

فالثيوبة في الحقيقة: زوال البكارة وهذا معلوم [٩٢/أ] من طريق المشاهدة، كما يعلم فوات الأعضاء، وإنما يتكلم على من هي في حكم الأبكار من طريق الحكم، فكل امرأة زالت بكارتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب، فإنها (في حكم الثيب)[١] في قولهم جميعاً؛ لأن البكارة زالت بوطء يتعلق به أحكام النكاح، وهذا المعنى يوجب زوال الحياء الذي علق النبي ﷺ الحكم به.

وأما إذا زالت بكارتها بزنا، قال أبو حنيفة: تزوج كما تزوج الأبكار، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: تزوج كما تزوج الثيب[٢].

لأبي حنيفة: أن البكارة زالت بسبب لا يتعلق به أحكام النكاح، فصار كما لو زالت بالوثبة، ولا يقال: إنه يتعلق به تحريم الأمهات والبنات؛ لأن التحريم ليس من أحكام النكاح، ألا ترى أنه يعقد لتحل لا لتحرم؛ ولأن الحياء عند

---

(١) في أ (ثيّب).

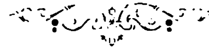
(٢) انظر: المهذب ٤/١٢٦.

استئذانها موجود ولأنها تستشعر أنها تُزوّج لتعف عن الزنا، وهذا المعنىٰ هو الذي جعل سكوت البكر به رضاها؛ ولأن الأصل البكارة، ورضا البكر يكون بالسكوت، فلو قلنا: إن الولي يطلب من الزانية النطق، لدلَّ بذلك علىٰ الزنا وهو مأمور بسترها.

وجه قولهما: أن البكارة زالت بالوطء فصار كما لو زالت بالشبهة.

١٥٠٩ ـ فَصْـل: [زوال البكارة بالوثبة أو الجناية]

وأما إذا زالت البكارة بوثبة أو طفرة[1] أو حيضة أو جناية، فهي في حكم الأبكار في قولهم، أما علىٰ قول أبي حنيفة: فلأن أحكام النكاح لا تتعلق بذلك، وأما علىٰ قولهما: فلأنها لم [تباشر] الرجال فلم يزل الحياء.



(١) «الطفرة: الوثب في ارتفاع». القاموس (طفر).

بَابُ
معرفة الأكفاء



قال: لا خلاف بين أصحابنا أن الكفاءة معتبرة في النكاح، وإنما اختلفوا في شروطها، وحكي عن علي أبي الحسن: أن الكفاءة غير معتبرة وهو قول مالك[١]: والدليل على ما قلناه: قول النبي ﷺ: **«قريش بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضها أكفاء لبعض، والموالي بعضها أكفاء لبعض حي بحي، وقبيلة بقبيلة»**[٢]. وفي حديث جابر أن النبي ﷺ قال: **«لا تنكح النساء إلا من الأكفاء»**[٣]. وقال ﷺ [لعلي عليه السلام]: **«ثلاثة لا يؤخرن: الأيم إذا أصابت لها كفؤاً»**.

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (لأمنعنَّ النساء ذوات الأحساب فروجهن إلا من الأكفاء)؛ ولأنها إذا هي تزوجت غير كفءٍ ألحقت الشين بقبيلتها، وهي ممنوعة من ذلك.

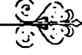
وأما ما روي أن أبا طيبة خطب إلى بني بياضة فأبوا أن يزوِّجوه، فقال رسول الله ﷺ: **«أنكحوا أبا طيبة إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»**، وخطب بلال إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه، فقال له رسول الله ﷺ: **«قل لهم أن**

---

(١) والصحيح: «الكفاءة المعتبرة هي الدين دون النسب»، كما ذكر القاضي عبد الوهاب البغدادي في المعونة ٢/٧٤٧. وانظر: المدونة ٢/١٧٠.

(٢) أورده الزيلعي وعزاه للحاكم والبيهقي ٣/١٩٧؛ وابن عبد البر في التمهيد ١٩/١٦٥.

(٣) أخرجه ابن عدي في الكامل، وقال: «وهذا الحديث مع اختلاف ألفاظه في المتون، ومع إسناده، باطل...» ٦/٤١٨.

رسول الله ﷺ يأمركم أن تزوجوني»[1] ، فلا[2] دلالة فيه ، لأنه ﷺ [٩٢/ب] ندبهم إلى ترك الكفاءة ، واعتبار الدين (ولم يجبرهم على ذلك ؛ والأولى عندنا أن نعتبر الدين)[3] فإن امتنعوا فالامتناع من حقهم ، وقوله ﷺ: «**ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى**»[4] ، المراد به أحكام الآخرة .

واحتج أبو الحسن: أن الكفاءة لا تعتبر في الدماء ، وقد اعتبر فيها للاحتياط فلأن لا يعتبر في النكاح أولى .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الدماء لا يعتبر فيها الكفاءة بالدين ؛ لأن المسلم يقتل بالكافر [والذمي] ، وإن اعتبر ذلك في النكاح بالإجماع .

١٥١٠ ـ [فَصْل: شرائط الكفاءة]

وإذا ثبت اعتبار الكفاءة فقال أبو حنيفة: الكفاءة تعتبر في خمسة شرائط: الحرية ، والنسب ، والمال ، والدين ، وإسلام الآباء .

وقال محمد: الدين غير معتبر إلا أن يكون أمراً مستحقاً ، كمن يسكر ويمشي في الأسواق فيسخر منه .

وقال أبو يوسف: الفسق إذا كان مستتراً لم يؤثر ، وإن كان معلناً أثر ؛ وقال

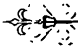
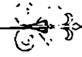
---

(١) «رواه أحمد والطبراني (في حديث طويل) ، وفيه: مبارك بن فضالة ، وحديثه حسن ، وبقية رجال أحمد رجال الصحيح» كما ذكره الهيثمي في المجمع ٢٥٦/٤ .

(٢) في أ (فلأنه فلا) .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند ، ٤١١/٥ ؛ «ورجاله رجال الصحيح» كما قال الهيثمي في المجمع ، ٢٦٦/٣ ؛ ورواه الهيثمي في زوائده (مسند الحارث) ، ١٩٣/١ .

أبو يوسف: يعتبر في الموالي شرط آخر: وهو الصناعة، فلا يكون الحائك كفؤاً للصيرفي والجوهري.

أما الحرية فلا يكون العبد والمكاتب والمدبر كفؤاً للحرة بحال؛ لأن الرق نقص وشين، فهو أكثر من عدم النسب؛ (وقد قالوا: إن قريشاً بعضها أكفاء لبعض أدناها لأعلاها، وقال محمد: إلا أن يكون أمراً مشهوراً فيها مثل الثيب الذي فيه الخلاف.

قالوا: ولا يكون العرب كفؤاً لقريش، والعرب بعضها أكفاء لبعض، وموالي العرب أكفاء لموالي قريش، والموالي بعضها أكفاء لبعض، والأصل في ذلك الخبر الذي قدمناه)[١].

وأما اعتبار المال فالمعتبر فيه: القدرة على المهر والنفقة المقصودين بالعقد، ولا تعتبر الزيادة على ذلك، والأصل في اعتبار المال أنه مقصود بالعقد بدلالة قوله ﷺ: «**تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها، فعليك بذات الدين تربت يداك**»[٢]، ولأن عدم المال يؤثر أكثر من تأثير النسب.

وأما الدين: فوجه قول أبي حنيفة قوله ﷺ: «**تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها، فعليك بذات الدين تربت يداك**»، وهذا يدل أن الدين أبلغ في القصد من المال والجمال؛ ولأن المرأة يلحقها الشين بفسق الزوج أكثر مما يلحقها [بفقد نسبه][٣].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) أخرجه البخاري (٤٨٠٢)؛ ومسلم (١٤٦٦).

(٣) في ب (بفقد يشبه) والمثبت من أ.

وجه قول أبي يوسف: أن الفسق المستتر به لا يظهر، فلا يلحق به الشين، والمعلن يظهر فيلحق بها الشين.

وأما محمد فقال: إن [الأمير][(١)] النسيب كُفْءٌ للدنيئة وإن كان لا يبالي كيفَ قيل؟ ولا يلحقها به شين في العادة، فأما إذا كان [فسقًا] مستحقاً فإن الشين يلحق به.

١٥١١ - [فَصْل: الكَفَاءة في إسلام الآباء]

وأما إسلام الآباء فقد قالوا: إن مَنْ له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤاً لمن له آباء؛ لأنه يعير بتأخير أبيه الإسلام، فيقال: مسلماني وابن مسلماني؛ وإذا ألحق الشين [٩٣/أ] به اعتبر في الكفاءة، وليس كذلك إذا كان له آباء؛ لأنه لا يعير بذلك في العادة.

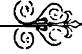
١٥١٢ - [فَصْل: الكفاءة في الصناعة]

فأما الكلام في الصناعة فأبو حنيفة بنىٰ الأمر فيها علىٰ عادة العرب؛ لأن مواليهم يعملون بهذه الأعمال لا يقصدون بها الحِرَف، فلا يعيرون بذلك، وأجاب أبو يوسف: علىٰ عادة أهل البلاد، أنهم (يتخذون)[(٢)] ذلك حِرفة، فيعيرون [بالدَّنيء][(٣)] من الصنائع.

١٥١٣ - [فَصْل: زواج المرأة نفسها بغير كفءٍ]

وإذا زوجت المرأة نفسها غير كفءٍ، فللأولياء الاعتراض عليها؛ لأنها

(١) في ب (الآية) والمثبت من أ.
(٢) في أ (يقصدون).
(٣) في ب (بالدين) والمثبت من أ.

عقدت عقداً ألحقت بهم الضرر والشين، فكان لهم دفع (ذلك)[1] علىٰ أنفسهم، ولا تكون الفرقة في ذلك إلا عند الحاكم؛ لأن التفريق يتعلق بشرط لا تقبل فيه الدعوىٰ، فيحتاج الحاكم [فيه] إلىٰ النظر، فإذا ثبت عنده فرّقَ لأجله.

١٥١٤ـ [فَصْل: هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم؟]

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إذا رضي أحد الأولياء بترك الكفاءة سقط حق الباقين، وقال أبو يوسف: لا يسقط، وبه قال الشافعي[2].

وجه قولهما: أن الاعتراض ثبت للأولياء لما يلحقهم من الشين، وهذا المعنىٰ لا يتبعض، [فإذا ثبت وأسقط بعضهم حقه، سقط حق الجميع][3] كالقصاص، وكما لو أَمَّنَ رجل من المسلمين كافراً، سقط حق بقية المسلمين عن استرقاته.

وجه قول أبي يوسف: [أن إبراء بعضهم لاقىٰ حق غيره؛ لأن][4] الاعتراض حق لجماعتهم، فإذا رضي أحدهم فقد أسقط حقه، فبقي حق الباقين [كالدين المشترك إذا أبرأ بعضهم][5]؛ وهذا ليس بصحيح؛ لأن هنا يتصور فيما يتبعض، فأما ما لا يتبعض فلا يصح أن يثبت حق بعضهم فيه دون بعض، ولا يقال: إن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفءٍ كان للأولياء الاعتراض، فرضا أحد الأولياء لا يكون أكثر من رضاها؛ وذلك لأن حقها (من غير جنس)[6] حق

---

(١) في أ (الشين).

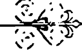
(٢) انظر: المهذب ٤/ ١٣٠؛ المنهاج ص٣٧٩؛ رحمة الأمة ص١٧٧.

(٣) في ب العبارة: (فإذا أسقط بعضهم حقه، سقط الجميع) والمثبت من أ.

(٤) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٥) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

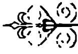
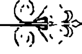
(٦) في أ (ليس من جنس).

الأولياء، ألا ترىٰ أنها تستوفي حقها من العقد، والأولياء لا حق لهم في العقد، وإنما حقهم في دفع الشين، وإذا اختلف الحقان لم يكن إسقاط أحدهما موجباً لإسقاط الآخر، وإن كان الحق من جنس واحد فسقوط بعضه يوجب سقوط جميعه. والله تعالىٰ أعلم(١).



(١) انظر: الأصل ١٠/٢٠٤ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٥١ وما بعدها.

بَابُ
الوكالة في النكاح



قال الشيخ رحمه الله: الوكالة في النكاح جائزة؛ لأن النجاشي زَوَّجَ النبي ﷺ أم حبيبة[1]، فلا يخلو إما أن يكون أَمَره أو لم يأمُرْه، فإن كان أمره فهو وكيل، وإن [كان] لم يأمره فإجازة عقده كأمره في الابتداء، ولأن النكاح مما [لا] يسقط بالشبهة، فيجوز التوكيل فيه، كالبيع والشراء.

قال: ويجوز التوكيل من جهة المرأة والرجل؛ لأن العقد إذا جاز التوكيل به لأحد العاقدين جاز للآخر.

قال: وتجوز [الرسالة][2] في النكاح؛ لأن كل ما جاز بالتوكيل جاز بالرسول كالبيع، [٩٣/ب] وتجوز بالكتاب؛ لأن الكتاب يقوم مقام قول الكاتب.

ألا ترى أن كتاب النبي ﷺ إلى ملوك الآفاق قام مقام قوله في الدعاء إلى الإسلام؛ ولأن الكتاب حروف منظومة تدل على (معنى مفهوم)[3] كالكلام.

١٥١٥ - [فَصْل: الشهادة في التوكيل بالنكاح]

وقد قال أصحابنا: إن التوكيل بالنكاح لا يفتقر إلى الشهادة، وقال ابن حي: لا يصح إلا بالشهادة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٠٨).
(٢) في ب (الشهادة) والمثبت من أ.
(٣) في أ (معاني مفهومة).

لنا: أنه توكيل بعقد كالتوكيل بعقد البيع، فإذا وصل الرسول إلىٰ المرأة أو الكتاب، فسمع الشهود قول الرسول، أو قرأت الكتاب عليهم، أو قالت إن فلاناً أرسل إليّ أو كتب إليّ يخطبني، [فاشهدوا] أني زوجته نفسي، انعقد النكاح؛ لأن سماع قول الرسول وسماع الكتاب كسماع قول الزوج، فقد شهدوا علىٰ جنبتي العقد، فانعقد العقد، وكذلك إذا أخبرتهم؛ لأن إخبارها عن كتابته أو من رسالته قائم مقام قوله، وإذا قالت لهم قد زوجت نفسي من فلان، لم ينعقد النكاح عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ينعقد، وهذا فرع علىٰ أن هذا القول [شطر][(١)] العقد عندهما؛ بدلالة أن الزوج لو كان حاضراً، فقالت: زوجت نفسي، فقام قبل القبول بطل، ولو كان جميع العقد لم يبطل بالافتراق، ولأن جميع العقد لا يختلف بالغيبة والحضور، وإذا ثبت [أنه] [شطر][(٢)] العقد لم يقف علىٰ غائب عن المجلس، ولا يلزم إذا قال الزوج: فلانة طالق علىٰ ألف، أو عبدي حر علىٰ ألف، أنه يقف علىٰ علمهما بعد المجلس؛ لأن هذا عتق معلق بشرط وطلاق معلق بشرط، فلا يقال إنه [شطر][(٣)] العقد، فإن قيل: لو كان كما قلتم لكان إذا قال لها وهي حاضرة: أنت طالق علىٰ ألف، فقامت من مجلسها أن لا يبطل، كما لا يبطل قوله أنت طالق إن دخلت الدار، فلما بطل دل علىٰ أنه [شطر][(٤)] العقد، فالجواب: أن هذا [يمين][(٥)] معلق بشرط، فإذا كانت في المجلس خصصنا الشرط بدلالة الحال، وهذا لا يوجب أن يكون [شطر][(٦)]

(١) في ب (ينتظر) والمثبت من أ.
(٢) في ب (ينتظر) والمثبت من أ.
(٣) في ب (شرط) والمثبت من أ.
(٤) في ب (شرط) والمثبت من أ.
(٥) الزيادة من أ.
(٦) في ب (شرط) والمثبت من أ.

عقد ، ألا ترىٰ أنهم قالوا: لو قال له [تَغدَّ][(١)] معي ، فقال: إن تغدّيت معك فامرأتي طالق ، أنه محمول علىٰ ذلك الغداء دون غيره بدلالة الحال ، فكذلك في مسألتنا.

وجه قول أبي يوسف: أن قولها زوجت نفسي جميع العقد إذا وجد من الولي علىٰ الزوجين أو وكيلهما ، فكذلك جميع العقد من أحد الزوجين ، وجميع العقد يجوز أن يقف ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الولي يملك الإيجاب والقبول ، فقوله (زوجت نفسي) جميع العقد ، ألا ترىٰ أنا لو جعلناه [شطر] العقد احتجنا [إلىٰ] أن نوقفه علىٰ قبوله ، (وقول)[(٢)] الإنسان لا يقف علىٰ قبوله ، وفي مسألتنا: المرأة لا تملك جميع العقد ، فكذلك لم يكن قولها: زوجت [٩٤/أ] نفسي جميع العقد ، وعلىٰ هذا الخلاف إذا تبرع أجنبي فقال: زوجت فلانة من فلان ، لم يقف ذلك عند أبي حنيفة ومحمد إلا أن يقبله قابل في المجلس ، وقال أبو يوسف: يقف علىٰ الإجازة.

١٥١٦ - [فَصْل: مخاطبة اثنين بوكالتين]

قال: وإن خاطب رجلان ليسا بوكيلين ، خاطب أحدهما عن الزوج والآخر عن المرأة ؛ انعقد العقد إذا كان بحضرة شاهدين ووقف علىٰ إجازة الزوجين.

قال: وجملة هذا أن كل عقد لو عقده الزوجان انعقد ، إذا عقده لهما غيرهما بغير إذنهما [وقف علىٰ إجازتهما][(٣)] ، وقال الشافعي: [لا ينعقد][(٤)].

(١) في ب (بعد) والمثبت من أ.

(٢) في أ (وفعل).

(٣) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٤) في ب (لا يقف) ، والمثبت من أ.
وانظر: المنهاج ص٣٧٨.

لنا ما روي: (**أن النجاشي زوّج رسول الله ﷺ أم حبيبة فبلغه فأجاز**)(١)، والذي روي أن النبي ﷺ أنفذ عمرو بن أميةَ الضمري يخطبها، لا يعترض على هذا؛ لأنه يجوز أن يكون زوّجها قبل وصوله، ولهذا احتاج إلى الإجازة، ولأنه نكاح لو انعقد بإذن المرأة صَحّ، فإذا عقد بغير إذنها انعقد كالأب يزوج بنته [البكر البالغة](٢)، ولأن كل تصرف لو حصل بإذن [المالك] نفذ، فإذا حصل بغير إذنه جاز أن يقف كالتصدق باللقطة.

١٥١٧ـ [فَصْل: تولي طرفي العقد]

وإن عقد العقد واحد وهو ولي على صغيرين جاز، وكذلك الوكيل للرجل والمرأة إذا عقد لهما جاز، وكذلك الولي إذا زوّج وليته من نفسه، وقال زفر: لا ينعقد النكاح بالواحد، وقال الشافعي: إن كان ولياً لهما جاز، وإن كان وكيلاً لم يجز(٣).

لنا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٣] قالت عائشة: نزلت في شأن اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها ولا يقسط لها في مهرها، فنهوا أن ينكحوهن أو يبلغوا بهن أعلى نسائهن في الصداق، وهذا يدل على جواز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه، (وأعتق رسول الله ﷺ صفية بنت حيي بن أخطب وتزوجها)(٤)، ولا يقال: إنه يجوز أن يكون رد أمرها إلى من

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٠٨)؛ والطبراني في الأوسط، كما ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد، ٤/٢٨٢.
(٢) في ب (الذكر البالغ) والمثبت من أ.
(٣) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للعثماني ص ١٧٦.
(٤) الحديث أخرجه الترمذي بلفظ (أعتق صفية وجعل عتقها صداقها) (١١١٥) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ والبيهقي في الصغرى ٦/١٢٧؛ والإمام أحمد في المسند ٣/٩٩؛ والطيالسي في مسنده ١/٢٨٣؛ وغيرهم.

زوجه؛ لأن النكاح إذا أضيف إلى الولي فالظاهر أنه هو العاقد، [ولولا ذلك لقال: فتزوّجت به، ولما قال: فتزوّجها][1] ولأنه يملك إيجاب العقد وقبوله، فجاز أن ينفرد بعقده كتزويج المولى أمته من عبده [الصغير]، (وتزويج ابن ابنه من بنت ابنه)[2]؛ ولأن الوكيل بالنكاح لا يتعلق به حقوقه، وإنما يعبر [به] عن الزوجين، والعبارة عنهما لا تتنافى؛ فلذلك جاز أن ينعقد به.

وجه قول زفر: (أن العقد لا يجوز أن ينفرد به الوكيل كالبيع)[3].

١٥١٨ـ [فَصْل: مطالبة الوكيل والولي بحقوق العقد]

قال: وليس للوكيل ولا للرسول ولا للولي، ولا عليهم من حقوق العقد شيء، لا يُطالِبون ولا يطُالَبون بما تولَّوه من عقد النكاح؛ وذلك لأن العاقد في النكاح سفير ومُعَبِّر؛ بدلالة أن المعقود عليه لا ينتقل إليه، فلم يتعلق به حقوقه كالرسول.

قال: فإن كان لهم حق المطالبة من غير جهة النكاح طلبوا من ذلك الوجه، وهذا مثل الأب إذا عقد والجدّ؛ لأنهم يملكون المطالبة [٩٤/ب] فيطالبون من حيث الوِلاية لا من حيث العقد.

١٥١٩ـ [فَصْل: تزويج الرجل رجلاً امرأةً بغير أمره]

وإذا زوّج الرجل رجلاً امرأة بغير أمره، أو امرأة بغير أمرها، ثم فسخ

---

(١) مزيدة من أ.

(٢) وفي أ (وتزويج الجد ابنة ابنته من ابن ابنه الصغير).

(٣) في أ (أن العاقد لا يجوز أن ينفرد بالعقد كالوكيل بالبيع).

المزَوِّج العقد قبل أن يجيزه من وقف عليه الفسخ [انفسخ][1]، في قول أبي يوسف [الآخر: ولم ينفسخ في قوله الأول، وهو قول محمد.

لأبي يوسف][2] أن العقد لم يتم، فلكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل تمامه، كالإيجاب قبل القبول.

وجه قول محمد: أن العقد تم من جهة العاقد وإنما وقف على المعقود له، فلم يجز لمن تم من جهته فسخه كالبيع المشروط فيه الخيار لأحدهما إذا فسخه الآخر؛ ولأن العقد الموقوف قد تعلق به حق الإجازة لمن وقف عليه، فإذا فسخ العاقد فيريد بفسخه [إسقاط][3] الحق الذي ثبت للمعقود له، وهذا لا يجوز.

١٥٢٠- [فَصْل: أوجه العاقد لغيره في الفسخ]

وإذا ثبت هذا، قال محمد في الجامع الكبير تفريعاً على هذا الأصل: إن العاقد لغيره في الفسخ على أربعة أوجه:

أحدها: لا يملك الفسخ بقوله ولا بفعله، وهذا كالمتبرع الذي لم يؤمر بالعقد إذا فسخ العقد لم ينفسخ، وإن زوّج الزوج أخت المرأة نكاحاً [موقوفًا][4] لم ينفسخ أيضاً، وقال أبو يوسف: ينفسخ في الوجهين، وهذا على ما بينا أنه لا يملك إسقاط حق المعقود له بقوله فلا يملك بفعله.

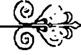
والنوع الثاني: من ملك فسخ العقد الموقوف بقوله ولم يملكه بفعله، وهو

(١) ما بين المعقوفتين زيدت لاستقامة العبارة.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في ب (إبطال) والمثبت من أ.

(٤) الزيادة من أ.

[كرجل][1] وكّل [رجلاً] أن يزوجه، فزوجه امرأة خاطب عنها مخاطب بغير أمرها، فلهذا الوكيل أن يفسخ العقد قبل الإجازة؛ لأنه قائم مقام الزوج فصار فسخه [كفسخه][2]، وإن زوجه أختها لم ينفسخ نكاحها؛ لأنه ليس بوكيل في تزويج الأخت، ففعله لا يقوم مقام فعل الزوج، فلا ينفسخ به العقد.

النوع الثالث: من ملك الفسخ بالفعل ولم يملكه بالقول، وهو رجل زوّج رجلاً امرأة بغير أمره، ثم إن الرجل وكله أن يزوجه امرأة فزوجه أختها نكاحاً موقوفاً؛ انفسخ الأول، ولو قال: فسخته، لم ينفسخ عند محمد؛ لأنه موكل بالعقد الثاني، ففعله له (كفعل موكله)[3]، ولو زوّج الموكل أخت المرأة التي وقف عقدها عليه، بطل نكاحها، فكذلك إذا زوجه وكيله، وإن قال: فسخت؛ لم ينفسخ على أصل محمد الذي قدمناه.

النوع الرابع: من يملك الفسخ بالقول والفعل: وهو الرجل يوكل رجلاً يُزَوِّجُه امرأة بغير عينها، فزوجه امرأة نكاحاً موقوفاً، فإن فسخ بالقول انفسخ؛ لأن الوكيل بالعقد الموقوف يملك الفسخ على ما قدمنا، وإن زوجه أختها انفسخ؛ لأنه وكيل في تزويج الأخت، فقام عقده مقام عقد موكله. والله تعالى أعلم بالصواب[4].



(١) في ب (رجل) والمثبت من أ.
(٢) في ب (بفسخه) والمثبت من أ.
(٣) في أ (العقد كفعله).
(٤) انظر: الأصل ١٠/٢٠٠ وما بعدها.

بَابُ
المهور



قال أبو الحسن: المهر عند أصحابنا لا يكون إلا ما هو مال، أو ما يوجب تسليمه مالاً، قال: والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤]، [فعلّق الإباحة بشرط المال؛ ولأنه عقد لا يقصد به التبرع][١]، فلا ينعقد إلا بعوض [٩٥/أ] هو مال كالبيع.

١٥٢١ ـ [فَصْل: تقدير المهر]

[قال]: والمهر عندنا مقدر بعشرة دراهم أو ما قيمته عشرة بالشرع، وقال الشافعي: كل ما يجوز أن يكون عوضاً في البيع، جاز أن يكون مهراً[٢].

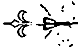
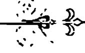
والدليل على ما قلناه: حديث جابر أن النبي ﷺ قال: «**لا تنكح النساء إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة دراهم**»[٣]؛ ولأن ثبوت المهر في العقد حق الله تعالى، والأموال التي تثبت لحق الله تعالى يدخلها التقدير كالزكاة، ولأنه أحد المسمَّيَيْن في العقد، فدخله التقدير كعدد المنكوحات، ولأنه ما ثبت جملته تارة لحق الله ويتصف أخرى، دخله التقدير كالحد.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) (بمعنى: لا حد لأقل المهر) انظر: المهذب ١٩٤/٤؛ المنهاج ص٣٩٥؛ رحمة الأمة ص١٨٢.

(٣) «رواه أبو يعلى وفيه مبشر بن عتيك، وهو متروك»، كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٧٥/٤؛ وابن حجر في المطالب العالية، عن أبي يعلى ٣٠٢/٨.

وجملة ما يقال في التسمية أنهما إذا سميا في النكاح مالاً قَلَّ أو كثر صحت تسميته، فإن كان عشرة فصاعداً فهو المهر، نقص من مهر المثل أو زاد؛ لأنها رضيت به بدلاً، وهو مما يجوز أن يكون بدلاً في هذا العقد، فصار كالتسمية في البيع، وإن كان ذلك أقل من عشرة تمم عشرة، وصار تسمية ما دونها تسمية لها، قال زفر: والتسمية فاسدة ولها مهر مثلها.

وجه قولهم: أن العشرة لا تتبعض في حكم العقد، وما لا يتبعض فتسمية بعضه كتسمية جميعه كالطلاق؛ ولأنها حطت ما لا تملك حطه، وما تملك حطه فيسقط ما يملك حطه، [ولا يسقط مالا تملك حطه كدين مشترك أبرأ منه أحد الشريكين، يبيِّن ذلك أنها تملك حط][(١)] ما زاد على العشرة، ولا تملك حط شيء من العشرة.

وجه قول زفر: أنها سمت ما لا يجوز أن يكون مهراً، فوجب لها مهر مثلها، كما لو سمت خمراً.

١٥٢٢ ـ [فَصْل: ثبوت مهر المثل]

وأما إذا سَمَّت ما ليس بمال فلها مهر مثلها، مثل من تَزَوَّج امرأة على طلاق أخرى، أو على عفوٍ عن قصاص؛ وذلك لما بيّنا أن من شرط المهر أن يكون مالاً، فما ليس بمال لا يصح تسميته، فصار ذكره والسكوت عنه سواء.

١٥٢٣ ـ [فَصْل: تسمية ما هو مال وما ليس بمال في العقد]

وإن سمى مالاً وما ليس بمال مما لها فيه منفعة، فإن وَفَّى بالمنفعة فليس

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

لها إلا ما سمىٰ إذا كان عشرة فصاعداً ؛ لأنه سمىٰ ما يجوز أن يكون مهراً وشرط منفعة وفىٰ بها ، وإذا سلم للمرأة ما قصد به بالعقد ، جاز ، وإن لم يف بالمنفعة ، فإن كان ما سمىٰ لها من المال مثل مهر مثلها أو أكثر ، فلا شيء لها إلا ذلك ، وإن كان ما سمىٰ لها أقل من مهر المثل ، تمم لها مهر مثلها.

وقال زفر: إن كانت المنفعة مالاً مثل أن يشرط أن يهدي لها هدية فلم يف بها تمم لها مهر مثلها ، وإن كانت المنفعة غير مال مثل أن يشرط طلاق امرأة أخرىٰ أو لا يخرجها من البلد ، فليس لها إلا ما سمىٰ.

لنا: أنها لم ترضَ بالتسمية عوضاً إلا بمنفعة أخرىٰ ، فإذا لم يسلم لها وجب لها تمام مهر[1] مثلها ، كما لو كانت المنفعة مالاً.

وجه قول زفر: أن ما ليس بمال لا يتقوم ، فلا يجب الرجوع (إلىٰ عوض)[2] عنه عند فواته ، وما هو مال متقوم إذا لم يسلم لها ، جاز أن يرجع إلىٰ تمام العوض.

١٥٢٤ - [فَصْل: تسمية ما لا يحل تملكه في العقد]

فإن سمىٰ في العقد ما لا يحل تملكه ، مثل المسلم يتزوج المسلمة علىٰ الخمر والخنزير ، فالنكاح جائز والتسمية باطلة ولها مهر مثلها ، وقال مالك: النكاح فاسد[3].

لنا: أن فساد المهر لو أوجب فساد العقد لوجب (فساد العقد)[4] [٩٥/ب]

---

(١) في أ (مهرها).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص٢٢٥.
(٤) في أ (لفسد).

بالسكوت عنه، كالعوض في البيع، وإذا صح النكاح وتمليك الخمر للمسلمين لا يجوز و[لا][1] تملكها فسقط ذكرها، فكأنه تزوجها (بغير مهر)[2].

١٥٢٥ـ [فَصْل: تسمية ما يحل وما لا يحل في العقد]

فإن سمىٰ في عقد النكاح [ما يحل][3] وما لا يحل، مثل أن يتزوجها علىٰ مهر صحيح وأرطال من خمر، فالمهر ما سمي لها إذا كان عشرة فصاعداً، ويبطل الحرام وليس لها تمام مهر مثلها؛ لأن الخمر يبطل تسميتها في حق المسلمة، فكأنه لم يسمِّ إلا ما سواها، وليس لها تمام مهر المثل؛ لأن الخمر لا منفعة للمسلم فيها، فلم يجز أن تجب لأجل فواتها زيادة عوض. والله تعالىٰ أعلم.

١٥٢٦ـ [فَصْل: فرق القيمة في المهر]

ولو تزوجها علىٰ ثوب قيمته ثمانية، فلم يسلمه إليها حتىٰ صارت قيمته عشرة، فلها الثوب ودرهمان، ولا معتبر بالقيمة يوم القبض، إنما يعتبر بها يوم العقد.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة: إذا تزوجها علىٰ مكيل أو موزون اعتبر قيمته يوم العقد، وإن تزوجها علىٰ ثوب، اعتبرت قيمته يوم التسليم.

وجه الرواية الأولىٰ: أن المهر يعتبر (قيمته)[4] عند العقد، فإذا كان ناقصاً وجب كماله، فكأنه تزوجها علىٰ ثوب ودرهمين، فزيادة القيمة لا يؤثر.

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) في أ (وسكت عن البدل والمهر).

(٣) في ب (مالاً) والمثبت من أ.

(٤) في أ (تقديره).

ووجه رواية الحسن: أن المكيل والموزون يستقر مهراً بنفسه، ألا ترىٰ أنه لا يجوز للزوج دفع غيره، فاعتبرت قيمته حين استقر، فأما الثوب فلا يستقر في الذمة، وإنما الزوج يخير في إحدىٰ الروايتين: بين تسليمه، أو تسليم قيمته، وإنما يستقر مهراً بالتسليم، فوجب اعتبار قيمته يوم التسليم.

مَسْألة: قال أصحابنا: لا يجوز أن يكون المهر إلا مالاً أو ما يستحق بتسليمه تسليم مال، فأما منافع الحر، وتعليم القرآن، والعفو عن القصاص، لا يكون مهراً.

وقال الشافعي: ما جاز أخذ العوض عنه كان مهراً[1].

لنا: أن منافع الحرّ ليست بمال ولا تستحق بتسليمها تسليم مال، فصارت كمنفعة البضع، [فلا يجوز أن يكون مهرًا][2]، ولأن منفعة الحُرِّ نماءٌ منه كولده، وأما تعليم القرآن؛ فلأنه ذكر واجب، [فتعليمه][3] لا يجوز أن يكون مهراً كتعليم الشهادتين.

وقد ذكر في الأصل: إذا تزوجها علىٰ أن [يخدمها سنة، لم يجز؛ لأن توفير الزوج المهر عليها واجب، وفي استخدامها إياه إهانة له.

وذكر ابن سماعة في نوادره: إذا تزوّجها علىٰ أن][4] يرعىٰ غنمها سنة جاز.

والصحيح علىٰ رواية الأصل: ألا يجوز في رعي الغنم، كما لا يجوز في الخدمة، ويجعل ما ذكره ابن سماعة رواية أخرىٰ.

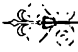
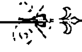
---

(١) قال النووي: «وما صَحَّ مَبيعاً صَحَّ صَداقاً». المنهاج ص٣٩٥.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في ب (فتعليم) والمثبت من أ.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب.

ومن أصحابنا من قال: إن منافع الحُرِّ يجوز أن يكون مهراً إلا خدمته لها، [فإنها لا تكون مهرًا لما بيّنّا].

قالوا: وذلك لأنها مأمورة بتعظيمه، فلا يجوز لها استخدامه [واستذلاله بالخدمة]، كما قالوا في الابن إذا استأجر أباه للخدمة لم يجز؛ لأنه أمر بتعظيمه، [فلا يجوز له استخدامه].

ومن أصحابنا من قال غير هذا، فقال: خدمتها مستحقة عليه، ألا ترىٰ أنه يجب أن يخدمها بخادم، إن لم يكن يخدمها، فإذا تزوجته بخدمته وهي مستحقة لم يجز العقد عليها، كما قالوا في الأب إذا استأجر ابنه لخدمته لم يجز؛ لأن خدمة الأب مستحقة علىٰ الابن.

والصحيح التسوية بين منافع الحرّ كلها في أنها لا تكون مهراً، وإذا ثبت أن منافع الحر لا يجوز أن [٩٦/أ] تكون مهراً، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا تزوجها علىٰ خدمته سنة فلها مهر مثلها، وقال محمد: لها قيمة خدمته.

لهما: أنه سمىٰ في عقد النكاح ما لا يجوز أن يكون مهراً بحال، فصار كما لو سمىٰ خمراً أو خنزيراً.

لمحمد: أن منافع الحر يجوز أخذ العوض عنها بالعقد، إلا أن تسليمه قد تعذّر هنا، فيجب الرجوع إلىٰ قيمته كما لو تزوجها علىٰ عبد فاستحق.

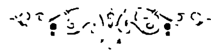
١٥٢٧ـ [مَسْألة: انعقاد نكاح الشغار]

قال أصحابنا: نكاح الشغار منعقد والشرط باطل، ولكل واحدة من

المرأتين مهر مثلها، وقال الشافعي: النكاح باطل[1].

لنا: أنه نكاح غير مؤقت فلا يبطله الشرط، كما لو شرط أن يطلقها أو لا ينقلها من منزلها؛ ولأنه عقد على البضع، [وشرط][2] المشاركة فيه لمن لا يجوز أن يستحقه، فصار كما لو خالعها على أن بضعها لها ولفلانة، (وأما نهيه ﷺ عن نكاح الشغار)[3]، فالشغار: هو الخالي عن المهر، يقال: شَغَر البلد إذا خلا عن السلطان، وشغر الكلب إذا رفع إحدى رجليه، وعندنا هذا العقد لا يخلو من عوض فلا يتناوله الخبر.

يبين ذلك أن العقد يفسد عندهم للتشريك في البضع، والخبر يخالف ذلك؛ لأن ابن عمر قال: (**نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لواحدة منهما مهر**)[4]؛ وهذا يدل على أن علة النهي عدم المهر، لا ما ذكروه من التشريك. والله تعالى أعلم[5].



(١) انظر: المهذب ٤/١٥٩؛ رحمة الأمة ص١٨٠.

(٢) في ب (بشرط) والمثبت من أ.

(٣) أخرجه مسلم (١٤١٥) وغيره من أصحاب السنن.

(٤) انظر الروايات في نكاح الشغار: مجمع الزوائد، ٤/٢٦٦، ٢٦٧؛ التلخيص الحبير، ٣/١٥٣.

(٥) انظر: الأصل ١٠/٢٢٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٣٩٧ وما بعدها.

بَابُ
المهر يدخله الجهالة ما يصح منه مع ذلك وما لا يصح



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: وجملة هذا الباب أن من سمىٰ مهراً غير معين، فإن كان الاسم يقع علىٰ أجناس مختلفة؛ بطلت التسمية، وكان للمرأة مهر مثلها بالغاً ما بلغ، وهذا كمن تزوّج علىٰ ثوب أو دابة.

والأصل في ذلك: أن الجهالة في الأعواض تمنع صحة العوض؛ بدلالة البيع والإجارة، وإنما سومح في المهر (بقدر)[1] من الجهالة؛ وذلك لأن النكاح الصحيح يثبت فيه مهر المثل: وهو مجهول ضرباً من الجهالة، فكل جهالة في المهر كجهالة مهر المثل أو أقل، فهي مسموح بها، وكل جهالة تزيد علىٰ جهالة مهر المثل، [فإنها] تمنع صحة التسمية [قياسًا] علىٰ الأصل في سائر الأبدال، وإذا ثبت هذا فجهالة ثوب أو دابة أكثر من جهالة مهر المثل.

ألا ترىٰ أن الثوب يقع علىٰ القطن [والكتّان والقزّ]، والحرير، [والإبريسم، وهي مختلفة، وأنواعها مختلفة، وكذلك الدابة تقع علىٰ الخيل والبغال والحمير][2]، وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل، فمنعت من صحة التسمية، وكذلك الدار؛ لأن جهالة الدار كجهالة الأجناس، ألا ترىٰ أنها تختلف باختلاف البلاد والمحال، وإذا ثبت بطلان التسمية وجب مهر المثل؛ لأنه موجب العقد،

---

(١) في أ (بضرب).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ لسقوطها من ب.

وإنما ينتقل عنه بالتسمية الصحيحة، فإذا فسدت التسمية عاد موجب العقد، وإنما قالوا يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ؛ لأن المرأة [لم ترضَ][(١)] بقدر مقدر حتى يكون قد [٩٦/ب] أسقطت ما زاد عليه؛ لأن اختلاف الجنس [يمنع] من التقدير.

١٥٢٨- [فَصْل: صِحّة التسمية في المهر]

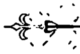
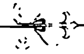
وإن كان ما سماه يقع على جنس واحد معلوم المقدار مختلف الصفة، وهو مما يصح أن يكون ثمناً للبيع، فالتسمية صحيحة، ولها الوسط من ذلك: إن شاء أعطاها الوسط من ذلك، وإن شاء أعطاها قيمته، والخيار إلى الزوج، وهذا كالتزويج على العبد.

والأصل في جواز التزويج على الحيوان المطلق، [بخلاف][(٢)] ما قال الشافعي: أن الحيوان المطلق يجوز أن يثبت في الذمة، بدلاً عما ليس بمال [كالذباب][(٣)]؛ لأن جهالة العبد الوسط كجهالة مهر المثل أو أقل، وإذا كانت تلك الجهالة لا تمنع صحة البدل فكذلك هذه، وإنما قالوا أن الزوج مخير؛ لأن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً، ألا ترى أن مستهلكه لا يلزمه مثله، وإنما يخير من لزمه بين تسليمه أو تسليم القيمة كالدية؛ ولهذا قالوا الخيار للزوج لأنه المستحق عليه.

١٥٢٩- [فَصْل: المسمى معلوم الجنس والصفة ويصح كونه ثمناً]

وإن كان ما سمى معلوم الجنس والصفة ويصح أن يكون [ثمنًا][(٤)] في البيع

(١) في ب (ترضى) والمثبت من أ.
(٢) في ب (خلاف) والمثبت من أ.
(٣) في أ (كالديات) والمثبت من ب.
(٤) في ب (دينًا) والمثبت من أ.

لو شرط، فلها ذلك الشيء، [ولا يخير][1] الزوج على دفعه إليها، وليس له أن يدفع قيمة ذلك إذا أبت أن تأخذ، وهذا كمن تزوج على مكيل أو موزون موصوف؛ وذلك لأن هذا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً، (ألا ترى أن على مستهلكه مثله، ويجوز السّلم فيه فيثبت ثبوتاً صحيحاً)[2]، فلا يجوز دفع عوضه إلا برضى المستحق. وقد ذكر أبو الحسن في جامعه فيمن تزوج على كُرّ حنطة ولم يصفها: فإن شاء أعطى كُرًّا وسطاً وإن شاء أعطى قيمته.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجبر على (تسليمها)[3].

وجه الرواية الأولى: أن الحنطة إذا لم تكن موصوفة لم تثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً بدلالة أن السَّلَم فيها لا يجوز، وما لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً؛ فالزوج فيه مخيرٌ [إذا كان مهرًا] كالعبد.

وجه رواية الحسن: أن عقد النكاح إذا صحت التسمية مع الجهالة، لزم من ذلك الجنس الوسط، فصار لزوم الوسط من طريق الحكم، كلزومه بالتسمية، ولو سمى كُرّاً وسطاً أجبر على تسليمه، فكذلك إذا لزمه حكماً وليس كذلك العبد؛ لأن الحكم يوجب لزوم الوسط فيه، [فصار كالتسمية]، ولو سمى وسطاً لم يجبر على تسليمه، فكذلك إذا [لزمه] في الحكم الوسط.

وأما الثياب فقد ذكر في الأصل: إذا تزوجها على ثياب موصوفة أنه بالخيار: إن شاء سلَّمها، وإن شاء سَلَّم قيمتها.

---

(١) في الأصل (يخير) والمثبت يدل عليه السياق.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (على تسليم الحنطة).

وذكر ابن شجاع في اختلاف أبي يوسف وزفر: فيمن تزوج امرأة على عشرة أثواب هروية، بغير عينها، وَوَصَف رفعتها وطولها وعرضها صفة توصف مثلها في السّلم، وسمى أجلاً أو لم يُسَمِّ فهو جائز، ويجبر على دفع الثياب.

وقال أبو يوسف: إن أجلها أجبر على دفعها، وإن لم تؤجل فلها القيمة.

وقد حكى أصحابنا عن أبي حنيفة في الثياب الموصوفة: أنه يجبر على تسليمها، ولم يفصلوا هذا التفصيل.

وجه ما [قال] في الأصل: أن الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً [٩٧/ب] بنفسها، بدلالة أن مستهلكها لا يغرم مثلها، فصارت كالعبيد.

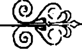
وجه قول أبي يوسف: أنه إذا وصفها وأجلها فقد تثبت على وجه يصح أن يثبت في البيع، فلأن يستقر في المهر أولى، وإذا لم يؤجلها لم تثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً؛ لأنها لا تثبت بأنفسها، فلم يجبر على تسليمها كالحيوان.

وجه قول زفر: أنه إذا سماها ووصفها، فقد صارت معلومة يصح ثبوتها في السّلم، وإنما يفتقر السّلم إلى التأجيل لأنه لا يصح الحلول[1] فيه، والمهر لا يفتقر إلى الأجل؛ فصار ثبوتها في المهر غير مؤجلة كثبوتها في السّلم مؤجلة، [فيجبر على تسليمها].

١٥٣٠ - [فَصْل: تسمية المهر بأحد شيئين معينين]

قال أبو الحسن: وإن سمي أحد شيئين معينين، جاز ذلك أيضاً، وكان الخيار في ذلك إلى الزوج في قول أبي يوسف ومحمد، فأما أبو حنيفة فإنه ينظر

(١) في أ (الحال).

[في ذلك]: فإن كان مهر مثلها مثل أقلهما قيمة، أو أقل من ذلك، فلها أقلهما قيمة إلّا أن يرضىٰ الزوج أن يسلم إليها الأرفع، وإن كان مهر مثلها مثل أكثرهما قيمة، [فلها أكثرهما قيمة][1]، إلا أن ترضىٰ المرأة بالأدوَن، وإن كان مهر مثلها فوق أدونهما [قيمة] وأقل من أرفعهما، فلها مهر مثلها، وهذا مثل من تزوج امرأة علىٰ هذا العبد أو هذا العبد أو علىٰ ألف [درهم] أو ألفين.

قال أبو حنيفة: التسمية فاسدة ويحكم بمهر المثل، وقالا: التسمية صحيحة والمهر أدوَنهما.

وجه قول أبي حنيفة: أن الجهالة التي تدخل بحرف التخيير أكثر من جهالة مهر المثل، ألا ترىٰ أنه يصح أن يدخل حرف التخيير بين أقل الأشياء وأكثرها، فكل جهالة زادت علىٰ جهالة مهر المثل [منعت][2] التسمية؛ ولأن النكاح يفتقر إلىٰ التسليم والتسلم، فإذا خير بين بدلين لم يثبت واحد منهما كالبيع، ولا يلزم إذا أعتقه علىٰ ألف أو ألفين؛ لأن العتق إذا قبل العبد صار مسلماً له، فلا يفتقر إلىٰ التسليم والتسلم، وليس كذلك النكاح؛ لأن المرأة تحتاج إلىٰ تسليم البضع، وذلك يقف علىٰ تسليم البدل، فإذا كان مجهولاً لم يصح ولا يلزم إذا خالعها علىٰ ألف أو ألفين، لأنها إذا قبلت فالمعقود عليه لا يفتقر إلىٰ التسليم كالعتق، ولأن الخلع إذا سقطت التسمية فيه لم يجب فيه بدل؛ [فلذلك][3] وجب إثبات أحد البدلين، والنكاح إذا سقطت [فيه] التسمية، بقي موجبه من مهر المثل، فأمكن القضاء به، ولا يلزم علىٰ ما قدمنا إذا تزوجها علىٰ هذا العبد أو علىٰ هذا

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.
(٢) في ب (تبعت) والمثبت من أ.
(٣) في ب (فكذلك).

العبد على أنه بالخيار في أن يدفع أيهما شاء، أو على أنها بالخيار؛ لأن إثبات التخيير لأحدهما يقلل الجهالة، ألا ترى أنها ترتفع بفعل أحد المتعاقدين، ومتى لم يكن خيار كان لكل واحد منهما أن يختار غير ما اختاره الآخر، وإذا ثبت هذا قال أبو حنيفة: إن كان مهر مثلها مهر [مثل] أعلاها أو أكثر فلها الأعلى؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها عمّا زاد عليه، وإن كان مهر مثلها مثل أدوَنهما أو أقل فلها أدونهما، لأن الزوج رضي ببذل الزيادة لها، فإن كان مهر مثلها أكثر من أدوَنهما وأقل من أرفعهما فلها مهر [٩٦/ب] مثلها، لأن التسمية فاسدة، وإنما يحكم بمهر المثل، فإذا خالف الأمرين وجب الرجوع إلى مهر مثلها.

وقد ذكر في الجامع الكبير: أن مهر مثلها إذا كان مثل أرفعهما أو أكثر، فالخيار إليها، وإن كان مثل أدوَنهما أو أقل فالخيار إلى الزوج[1].

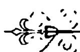
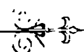
وجه قولهما: أن البذل في النكاح لا يقف العقد على ذكره، فصار المال الثابت بغير عقد، ومعلوم أن من أقر بألف أو ألفين لزمه الأقل فكذلك هذا؛ ولأن فساد البذل لما لم يوجب فساد العقد صار كالخلع، ولو خلعها على ألف أو ألفين كان له الأقل، كذلك هذا.

١٥٣١ - [فَصْل: الزواج على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي]

ولو تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي فالتسمية فاسدة؛ لأن جهالة المحكوم به (أكثر من جهالة مهر المثل، وذلك بمنع التسمية لم ينظر في الحكم)[2]، فإن حكم الزوج مهر مثلها أو أكثر فلها ذلك؛ لأنه رضي ببذل

(١) انظر: الجامع الكبير، ص ٩٩، (دار الكتب العالمية).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

الزيادة، وإن حكم بأقل فلها مهر مثلها، وإن حكمت هي بمهر مثلها أو أقل فلها ذلك؛ لأنها رضيت بإسقاط [ببعض] حقها، وإن حكمت بأكثر من ذلك لم يجز؛ لأن المستحق مهر المثل.

١٥٣٢ - [فَصْل: الزواج على ما يكتسب العام أو يرث]

فإن تَزَوَّجها على ما يكتسب العام أو يرث، فهذه تسمية فاسدة؛ لأن جهالة هذا أكثر من جهالة مهر المثل، وقد انضم إلى الجهالة الخطر؛ لأن الكسب يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، [وكذلك الإرث، فلا تصح التسمية][(١)].

١٥٣٣ - [فَصْل: الزواج على بيت وخادم]

فإن تزوجها على بيت [وخادم]، فلها بيت وسط مما تجهز به النساء في ذلك البلد الذي وقع عقد النكاح فيه، ومعنى البيت في أهل الأمصار: فرش البيت، وفي البادية: البيت [من] الشَّعْر.

والأصل في صحة هذه التسمية: أن الوسط معلوم منها في العادة، فجهالته مثل جهالة مهر المثل أو أقل.

وقد قالوا: [إن] الجارية الوسط هي السِّنْدية، والأعلى البيضاء، [والأدنى][(٢)] الزنجية، والزوج في كل ذلك بالخيار: إن شاء أعطاها البيت والخادم، وإن شاء أعطاها قيمتها لما قدمنا في العقد على الثياب والحيوان أن للزوج فيه الخيار.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٢) في ب (والأدون) والمثبت من أ.

وقد قال أبو حنيفة: إن قيمة الخادم الوسط أربعون ديناراً، وقيمة البيت أربعون ديناراً.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن زاد السعر أو نقص فبقدر الغلاء والرخص، وهذا ليس باختلاف، وإنما أجاب أبو حنيفة على قدر ما [اتفق](١) في العادة في زمانه، وزادهما في الجواب الحكم على سائر الأزمان، والمعتبر في ذلك: القيمة في كل زمان [بلا خلاف](٢)(٣).

١٥٣٤ـ [فَصْل: الصلح على معين مع الزوج]

فإن صالحت زوجها على ستين ديناراً أو سبعين ديناراً، جاز ذلك؛ لأنها صالحت على بعض المستحق؛ [لأن حقها ثمانون دينارًا](٤)، ومن ثبت له حق فصالح على بعضه وأسقط [بعضه]، جاز [ذلك].

قال: ويجوز ذلك بالنقد والنسيئة؛ لأنه [صالح] على نفس المستحق، فكل موضع وقع الصلح على ما كان مستحقاً جاز فيه التأجيل.

قال: وإن صالحت على مائة دينار أبطلنا الفضل؛ لأن القيمة واجبة بالعقد إذا كان المسمى غير مستقر، ومن وجب له حقّ فصالح على أكثر منه لم يجز. والله تعالى أعلم [٩٨/أ].

---

(١) في ب (على ما اتفقت العادة)، والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢٢٩/١٠ وما بعدها.

(٤) الزيادة من أ.

بَابُ
الرجل يتزوج على مهر فيوجد خلاف ما سمى



قال أبو الحسن: فإذا تَزَوَّج الرجل المرأة فقال: أتزوجك على هذا العبد أو على هذا [الدَّن][1] من خلّ، أو على هذه الشاة الذكية، فوجد العبد حراً، والخلّ خمراً، والشاة ميتة، فالعقد جائز وما سمى من المهر باطل، ولها مهر مثلها في قول أبي حنيفة، وأما إذا سمى الحرام وأشار إلى حلال، فقال: أتزوجكِ على هذا الحر فإذا هو عبد، أو على هذه الخمر فإذا هي خلّ، أو على هذه الميتة فإذا هي ذكية، فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن لها الحلال المشار إليه.

وروى محمد عن أبي حنيفة: إذا سمى خمراً فوجدت خلًّا، فلها مهر مثلها.

وقال أبو يوسف: العقد واقع على الحلال منهما، فإن سمى حلالاً وأشار إلى حرام، فالعقد على التسمية، وإن سمى حراماً وأشار إلى حلال، فالعقد على المشار إليه.

وأما محمد فقسم ذلك قسمين فقال: إذا كان المسمى من جنس المشار إليه، فالعقد واقع على العين، وإن كان المشار إليه من غير جنس المسمى، وقع العقد على التسمية، [كان المشار إليه حلالاً أو حرامًا.

وجه قول أبي حنيفة: أن التسمية] لا يثبت لها حكم مع التعيين والإشارة، ألا ترى أن التعيين أبلغ في المعرفة؛ لأنه لا يقع فيه احتمال.

---

(١) الدَّنّ: وعاء ضخم كهيئة الحُبّ، إلا أنه أطول منه وأوسع رأسًا، والجمع: دِنان. انظر: المصباح؛ الوجيز (دنّ).

قال أهل اللغة: أعرف المعارف أنا وأنت [وهذا ؛ لأنه يقال فيما فيه احتمال هكذا] ؛ ولهذا قالوا: لو قال بعتك هذا الحمار فأشار إلىٰ عبده ، كان بائعاً لعبده ، ولو قال: بعتك هذا الأسود وأشار إلىٰ الأبيض ، كان بائعاً للأبيض .

فإذا قال: تزوجتك علىٰ هذا العبد ، فكأنه قال: علىٰ هذا الحر ، فيجب لها مهر المثل ، ولهذا قال في أصح الروايتين: إذا سمىٰ حراماً وأشار إلىٰ حلال ، أن لها المشار إليه ؛ لأن التسمية لا حكم لها مع الإشارة ، فكأنه قال: تزوجتك علىٰ هذا الخلّ .

وأما أبو يوسف فقال: إنه عقد علىٰ مستحق ؛ لأن الحر مستحق لرقبته ، فهو كما لو عقد علىٰ عبد غيره ، ولأن التسمية يتعلق[1] العقد عليها تارة ، والإشارة يتعلق العقد عليها فأيهما بطل والآخر صحيح ، صار الباطل كأن لم يكن فتعلق العقد علىٰ الآخر .

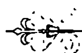
وأما محمد فقال في العبد والحر والميتة والمذكاة: أيهما من جنس واحد ، فإذا أبطلنا أحدهما أن يكون [مهرًا] ، بطل ما هو من جنسه ، وليس كذلك الخلّ والخمر لأنهما جنسان ، فبطلان التسمية في أحدهما لا يوجب بطلان الآخر .

ووجه رواية محمد عن أبي حنيفة: أنه لما سمىٰ حَرَاماً وأشار إلىٰ حلال فقد هزل بالتسمية ، [والهازل لا يتعلق بتسميته حكم ، فبطل حكم التسمية] والمشار إليه .

١٥٣٥ـ [فَصْـل: الزواج علىٰ عبدين فإذا أحدهما حرّ]

ولو تزوجها علىٰ عبدين فإذا أحدهما حر: فروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف

(١) في أ (يقع).

عن أبي حنيفة: أن العبد إن كان مهر مثلها أو أكثر، فليس لها إلا مهر ذلك، وإن كان أقل من مهر مثلها، بلغ بها مهر مثلها، وهو قول زفر ومحمد.

وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر لو كان عبداً.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أن لها العبد لا يزاد على ذلك إذا كانت [٩٨/ب] قيمته عشرة.

ووجه رواية أبي يوسف: أن المشار إليه لما تعلق الحكم به، صار كأنه قال: تزوجتك على هذا العبد وهذا الحر، إلا أنه لما سمى لها مع العبد زيادة متقومة في الظاهر لم يسلم لها، فوجب الرجوع إلى مهر مثلها.

ووجه رواية محمد: أن التسمية لما سقط حكمها صار كأنه قال: تزوجتك على هذا العبد وهذا الحر، فلا يستحق زيادة على العبد إذا بلغت قيمته أقل المهر.

وجه قول أبي يوسف: أن استحقاق الحر لرقبته كاستحقاق الأجنبي له فتجب قيمته.

١٥٣٦- [فَصْل: فيمن تزوج على حلال وحرام]

وقد روى ابن سماعة عن محمد: فيمن تزوج امرأة على هذا [الدَّنِّ من] الخمر وقيمة الظرف عشرة دراهم فصاعداً، فهو المهر ولا شيء لها غير ذلك؛ لأنه سمى حلالاً وحراماً، والحلال يصح أن يكون مهراً، [فكان مهرًا]، وروى ابن سماعة خلاف ذلك فقال: لها مهر مثلها؛ لأن الظرف لا يقصد بالعقود وإنما المعقود عليه ما فيه، فإذا بطلت التسمية في [المقصود] بطلت في غيره(١). والله تعالى أعلم.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٣٩٨ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يتزوج على مهرين لكل واحد منهما شرط غير شرط صاحبه

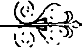


قال: إذا تزوج الرجل المرأة على ألف إن لم يخرجها من بلدها، وعلى ألفين إن أخرجها من بلدها، أو على ألف إن لم يكن له امرأة وألفين إن كانت له امرأة، أو على ألف إن كانت مولاة وألفين إن كانت عربية، وما أشبه هذا فالنكاح جائز في قولهم؛ لأن [الشرط الذي] ليس [فيه] توقيت لا يفسد النكاح، ولأن هذا الشرط لو أفسد لأفسد المهر، [وفساد المهر] لا يوجب فساد العقد، فأما المهر فإن أبا حنيفة، وزفر، والحسن قالوا: الشرط الأول جائز إن وقع الوفاء به، فلها ما سمى على ذلك الشرط وإن كانت على خلاف ذلك أو فعل خلاف ما شرط، فلها مهر مثلها لا ينقص من الأقل ولا يزاد على الأكثر.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان، (وقال الشافعي: المهر فاسد بالشرط ويجب لها مهر المثل)[١].

وجه قول أبي حنيفة: أن الشرط الأول قد صح وموجبه مهر المثل إن لم يقع الوفاء به، فلما شرط الثاني (فكأنه)[٢] نفى [به] موجب الأول، والتسمية إذا

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
وقال الشيرازي: «بطل الصداق؛ لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق، فأبطله، ويجب مهر المثل». المهذب ٤/١٩٩.
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

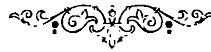
صحت لا يجوز نفي موجبها، فبطل الشرط الثاني.

وجه قولهما: أن كل واحد من الشرطين فيه غرض، وقد سمى فيه بدلاً فصار كمن قال: إن خطته روميًّا فبدرهم، وإن خطته فارسياً فبنصف، (وعلى هذا الخلاف إذا قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف)[1].

ومن أصحابنا من حكى عن زفر بطلان التسميتين؛ لأن كل واحد من الشرطين (مخالف للآخر)[2]، فأوجب جهالة المستحق فلم تصح التسمية.

١٥٣٧ـ [فَصل: إلزام الوفاء بما شرط الزوج]

وقالوا جميعاً: إن الزوج لا يلزمه الوفاء بما شرط من طلاق [٩٧/أ] امرأته أو ترك الخروج من البلاد؛ لأنه وعد بذلك وعداً فلا يلزمه الوفاء به. والله تعالى أعلم.



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (يخالف الآخر).

بَابُ
المرأة تمنع نفسها بمهرها



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً: للمرأة قبل أن يدخل بها الزوج أن تمنع[(١)] الدخول حتىٰ يعطيها جميع المهر.

والأصل في ذلك: أن حقها لم يتعين في البدل، فكان لها المطالبة بالقبض حتىٰ يتعين [كتعين ملك الزوج في الاستباحة]؛ ولأن المهر في حكم الثمن في البيع، وقد بينا أن للبائع أن يحبس المبيع حتىٰ يستوفي الثمن.

١٥٣٨ - [فَصْل: خروج المرأة لزيارة أهلها قبل دفع مهرها]

قال: فإن أرادت السفر أو الخروج من منزل الزوج أو زيارة أهلها، لم يكن له منعها من ذلك؛ لأن حق الحبس إنما يثبت له إذا وفاها حقها، فإذا لم يوفها فلها الامتناع، وكان لها التصرف في نفسها كمن لا زوج لها.

١٥٣٩ - [فَصْل: منع الزوجة من الزيادة بعد دفع المهر]

قال: فإن أعطاها المهر: فله أن يمنعها من ذلك، وله أن يدخل بها؛ لأنه وَفّاها حقها، فيثبت له [التسلم][(٢)] والحبس؛ لاستيفاء المعقود عليه.



(١) في أ (أن يدخل بها أن تمنع الزوج الدخول).
(٢) في ب (التسليم) والمثبت من أ.

١٥٤٠ـ [فَصْل: منع المرأة نفسها إذا لم تستوف المهر كاملاً]

فإن أعطاها المهر إلا درهماً واحداً، فلها أن تمنعه نفسها وأن تخرج من مصرها، فإذا خرجت فليس له استرجاع ما أعطاها؛ وذلك لأن من ثبت له حق الحبس إذا لم يستوف البدل، ثبت له حق الحبس ببعض البدل كالبائع، وليس له استرجاع ما قبضت؛ لأنها قبضته بحق والقبض بحق لا يفسخ.

١٥٤١ـ [فَصْل: منع نفسها بالمهر المؤجل]

وإن كان المهر إلىٰ أجل فليس لها أن تمنع نفسها، وقال أبو يوسف: لها أن تمنع نفسها بالمؤجل، رواه معلىٰ عنه قال: وهو قوله الآخر.

وجه قولهما: أنها لما أجلت المهر فقد رضيت بإسقاط حقها، فلم يسقط حق زوجها، وصار كالبائع إذا أجّل الثمن سقط حق الحبس، وليس كذلك إذا ذكر أجلاً غير معلوم مثل أن يقول: أتزوجك إلىٰ الميسرة أو [أتزوجك] (علىٰ ألف مؤخرة)[1]؛ لأن الأجل لا يثبت إلا معلوماً فإذا لم يبين مدة، بطل التأجيل وبقي المهر حالاً.

وجه قول أبي يوسف: أن المهر من حكمه أن يتقدم علىٰ تسليم المرأة بكل حال، ألا ترىٰ أنه لو كان معيناً أو غير معين وجب تقديمه، فلما قبل الزوج التأجيل كان ذلك رضىً بتأخير حقه من الاستمتاع، وليس كذلك البيع؛ لأن المبيع لا [يوجب][2] تقديم قبض الثمن عليه بكل حال، ألا ترىٰ (أن البدل متىٰ

(١) في أ (علىٰ أنه مؤخر).

(٢) في ب (يجب) والمثبت من أ.

كان معيناً سلما)[1] معاً، فلم يكن قبول المشتري الأجل رضًا بإسقاط حقه من القبض.

وقد قال أبو يوسف: إن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً، فله أن يدخل بها إذا أعطاها الحال، (وإن لم يدخل بها حتىٰ حلّ الأجل، فله أن يدخل بها إذا أعطاها الحال)[2]؛ وذلك لأنها لما أجلت بعض البدل وعجلت بعضه، فلم يرضَ الزوج بتأخير حقه من الاستمتاع، ألا ترىٰ أنه لو رضي بذلك، لم يكن لشرط التعجيل فائدة.

فإذا أعطاها الحال ثبت له التسليم كالبيع، وكذلك قال أبو حنيفة: إذا [٩٧/ب] حلّ الأجل فليس لها أن تمنع به؛ لأن العقد لم يوجب لها حق الحبس به، فلا يثبت وإن حل.

١٥٤٢- [فَصْل: منع نفسها إذا أجل وشَرَطَ أن يدخل بها]

قال: وقد قال أبو يوسف: [وكذلك] إن كان كله إلىٰ أجل وشرط أن يدخل بها قبل أن يعطيها، فذلك له؛ [وذلك] لأنه لما شرط الدخول فلم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع، وإن كانت المرأة رضيت بإسقاط حقها، [فكان له أن يدخل بها].

١٥٤٣- [فَصْل: منع المرأة نفسها بعد الدخول]

وقد قال أبو حنيفة في قوله الآخر: إذا دخل الزوج بامرأته فلها أن تمنع نفسها

(١) في أ (أن المبيع لو كان متعينًا تسلما معًا).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

حتىٰ تستوفي المهر، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لها ذلك، [وكذلك] علىٰ هذا الخلاف إذا خلا بها، قال أبو يوسف ومحمد: ليس لها أن تمتنع إذا أخلته بنفسها.

وجه قول أبي حنيفة: أن المهر في مقابلة الاستمتاع؛ بدلالة أنها لو انتقلت إلىٰ بيت الزوج ثبت لها حق الامتناع، وكذلك لو شرطت أن تحبس نفسها، ولو كان المهر في مقابلة التسليم، لم يكن لها أن تحبس نفسها بعد الانتقال إليه، وإذا ثبت أن المهر في مقابلة الاستمتاع، صار الوطء الثاني كالأول، فلها أن تمتنع منه، وليس كذلك البيع؛ لأن البائع إذا سَلَّم فيريد الرجوع فيما سلّمه، وهذا لا يصح.

وفي مسألتنا تمنع ما لم يقع فيه تسليم، وهذا غير ممتنع، فإن ألزم علىٰ هذا الإجارة إذا شرط فيها تعجيل الأجرة [ثم][1] سلّم الدار قبل قبض الأجرة، قلنا: لا رواية في هذه المسألة، فمن أصحابنا من قال: [للمؤاجر] أن يرجع الدار حتىٰ يقبض الأجرة، فعلىٰ هذا لا فرق بينهما، ومنهم من قال: بأن عقد الإجارة يقتضي تأخير الأجرة، ثم جاز أن يتغير موجبها بتعجيل البدل، فكذلك موجبها الحبس، ويتغير الموجب بتسليم الدار.

وجه قولهما: أن التسليم الذي يستقر به البدل قد وجد، فلا يثبت بعده حق الحبس كالبائع إذا سَلّم المبيع.

١٥٤٤ ـ [فَصْل: في منع نفسها إذا ما أخرت الحالّ]

قال أبو يوسف: لو كان المهر حالاً فأخرته شهراً فلها أن تمنعه، وهذا علىٰ

---

(١) في ب (لم) والمثبت من أ.

أصله ؛ لأن قبوله للتأخير رضاً [منه] بإسقاط حقه من التسليم.

١٥٤٥ـ [فَصْل: منع نفسها إذا وجدت المهر زيوفاً]

قال أبو يوسف: ولو وجدت المهر زيوفًا أو ستوقًا، أو كان عرضاً اشترته منه بالمهر فاستحق بعد أن قبضته وقد دخل بها، فليس لها أن تمنع نفسها في جميع ذلك ؛ لأن من أصله [أن] التسليم لو حصل من غير قبض لم يكن لها المنع، فإذا استحق المقبوض، صار كأنها لم تقبضه في الأصل.

والفرق بين هذا وبين [المبيع] أن في البيع يمكن البائع الحبس على ما ثبت له في الأصل، وفي مسألتنا لا يمكنها أن تحبس على الوجه الذي ثبت لها[1] في الأصل، ألا ترى [أنه] قد استوفى بعض الوطء فإذا لم يكن الحبس على الوجه الذي ثبت، لم يعد [حقّها في الحبس][2]. والله ﷻ أعلم.



(١) في أ (له).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٤١٦.

بَابُ
اختلاف الزوجين في المهر



قال أبو الحسن [رحمه الله تعالىٰ]: وإذا اختلف الزوجان في المهر ولا بينة بينهما فقال [١٠٠/أ] الزوج: تزوجتكِ علىٰ ألف [درهم]، وقالت المرأة: علىٰ ألفين؛ تحالفا ويبدأ [بيمين] الزوج في قول أبي حنيفة ومحمد، فإن كان مهر مثلها ما قال الزوج أو أقل، فلها ما قال الزوج، وإن كان مثل ما ادعت أو أكثر، فلها ما ادعت، وإن كان مهر مثلها [فوق][1] ما قال الزوج ودون ما ادعت، فلها مهر مثلها.

وقال أبو يوسف: القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر [جدًا].

وجه قولهما: أن موجب عقد النكاح قيمة المعقود عليه، وإنما يسقط بصحة التسمية، فإذا اختلفا في التسمية لم يثبت، فوجب الرجوع إلىٰ [قيمة المعقود عليه][2] الذي ليس فيه معنىٰ التبرع.

أصله: إذا اختلف الصَّبّاغ ورب الثوب في أجرة الصبغ، ولا يلزم إذا اختلف القصار ورب الثوب؛ لأن موجب العقد ليس هو قيمة المنافع، ألا ترىٰ أنه لو قال اقصِرْ هذا ولم يُسَمِّ [فيه] بدلاً لم يجب له بدل العقد؛ ولأن النكاح معاوضة يصحُّ فسخها ليس فيها معنىٰ التبرع، فإذا اختلفا في بدلها تحالفا كالبيع، وإذا

(١) في ب (مثل) والمثبت من أ.
(٢) في ب (مقتضىٰ العقد)، والمثبت من أ.

ثبت هذا قال أبو حنيفة: سقط كل واحد من البدلين بيمين المدعىٰ عليه، فبقي موجب العقد، فإن كان ألفين أو أكثر فقد رضيت بإسقاط حقها من الزيادة، وإن [كان] ألفاً أو أقل فقد رضي ببذل الزيادة، فلزمته برضاه، وإن كان مهر المثل بين ذلك فلها مهر مثلها؛ لأن الظاهر لا يشهد لواحد منهما، فيسقط قولهما، ووجب القضاء بالظاهر.

وقد ذكر أبو الحسن: التحالف في الفصول الثلاثة وهو صحيح؛ لأن مهر المثل لا يثبت إلّا بسقوط التسمية، والتسمية لا تسقط إلا بالحلف.

وكان أبو بكر الرازي يقول: إن التحالف يثبت في فصل واحد، وهو إذا لم يشهد مهر المثل لدعواهما، فأما إذا كان مهر المثل مثل ما يدعيه أحدهما فالظاهر يشهد [له][1]، فالقول قوله من غير تحالف.

وجه قول أبي يوسف: أن البضع في حكم السلعة المستهلكة؛ بدلالة أن العقد لا يفسخ فيه بالتحالف، فإذا لم يثبت التحالف مع هلاك السلعة، فكذلك لا يثبت في النكاح.

وقد ذكر أبو الحسن: أن معنىٰ قول أبي يوسف (ما لم يأت بشيء مستنكر) أن يذكر ما لا يُتَزَوَّج مثل تلك المرأة عليه؛ لأنه إذا ادعىٰ ذلك أكذبه الظاهر.

وقد روي عن أبي يوسف: أن المستنكر أن يدعي أقل من عشرة؛ لأن ذلك لا يجوز أن يكون مهراً في الشريعة.

وقد روي عن أبي يوسف في المتبايعين إذا اختلفا والسلعة هالكة: أن القول

---

(١) في ب (لها) والمثبت من أ.

قول المشتري ما لم يأت بشيء مستنكر، [وأجرىٰ علىٰ هذا القياس].

١٥٤٦- [فَصْل: تقديم إحدىٰ البيّنتين]

وإن كانت لأحدهما بينة فالبينة بينته؛ لأنها بينة قابلت الدعوىٰ، فكانت أولىٰ منها، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة؛ لأنها تثبت الزيادة.

١٥٤٧- [فَصْل: القول في اختلاف الزوجين في عين المهر]

فإن قال الزوج: تزوجتك علىٰ هذا العبد، وقالت المرأة: علىٰ هذه الجارية، فالكلام في هذه المسألة كالكلام في [٩٨/أ] الألف والألفين إلا في فصل واحد، وهو أن مهر مثلها إذا كان مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية؛ لأن تمليك الجارية لا يجوز إلا بالتراضي، ولم [يتفقا][1] علىٰ تمليكها، فوجب القضاء بقيمتها.

١٥٤٨- [فَصْل: المهر إذا طَلّقها قبل الدخول]

قال: وإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الألف في قولهم؛ لأن مهر المثل لا يثبت مع الطلاق قبل الدخول، فلم يمكن [تحكيمه][2]، فوجب إثبات المتيقن وهو نصف الأقل، وقال في مسألة الجارية والعبد: لها المتعة، [إلا أن ترضىٰ أن تأخذ نصف الجارية؛ وذلك لأن في مسألة الألف إذا اتفقا علىٰ تسميتها][3]، فالقضاء بنصفها حكم متيقن، وفي مسألة العبد والجارية لم يتفقا

(١) في ب (يتفق) والمثبت من أ.

(٢) في ب (تحكمه) والمثبت من أ.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب والمثبت من أ.

علىٰ تسمية أحدهما، فلم يمكن القضاء بنصف الأقل إلا باختيارها، وإذا لم [تختر][1] سقط البدلان ووجب الرجوع إلىٰ المتعة.

وقد ذكر محمد في الجامع الكبير: إذا اختلفا بعد الطلاق تحالفا وحكمت بالمتعة؛ لأنها ظاهرة مع الطلاق، كما أن مهر المثل ظاهر مع بقاء النكاح فوجب الرجوع إلىٰ ظاهرها، وإذا اختلفا في طعام بعينه فقال الزوج: تزوجتكِ علىٰ هذا الطعام علىٰ أنه كُرّ، وقالت المرأة: شرطت لي أنه كُران، فهو مثل اختلافهما في الألف والألفين.

والأصل في هذا: أنهما إذا اختلفا في مقدار ما تعلق العقد علىٰ قدره تحالفا، وإذا اختلفا في مقدار ما لا يتعلق العقد به علىٰ قدره وهو عين لم يتحالفا؛ لأنه اختلاف في غير المعقود عليه ويعرف الفرق بينهما بجواز العقد علىٰ الأبعاض، فكل ما جاز إفراد بعضه بالعقد فالعقد تعلق علىٰ قدره، وما لا يجوز إفراد بعضه [بالعقد] فالعقد لا يتعلق علىٰ قدره كالثوب.

١٥٤٩ـ [فَصْل: الاختلاف في قيمة ما كان القول قول الزوج فيه]

قال: وما كان القول قول الزوج فيه فهلك فاختلفا في قيمته فالقول أيضاً قول الزوج؛ وذلك لأن القيمة دين عليه، والاختلاف إذا وقع في الدين فالقول قول المستحق عليه.

١٥٥٠ـ [فَصْل: القول في اختلاف المهر بالجنس والصفة]

وإن كان المهر ديناً فاختلفا في جنسه أو صفته أو نوعه، فهو كالاختلاف

(١) في ب (لم تجز) والمثبت من أ.

[في الجنسين؛ لأن كل واحد من الجنسين لا يملك إلا بالتراضي، فهو كالاختلاف][1] في العبدين، فأما الذرع والكيل والصفة فهي معقودة عليها فيما في الذمة، فإذا اختلفا فيها تحالفا، وأما إذا ادعى أحدهما ألف درهم والآخر مائة دينار، (فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين، يعني أن مهر مثلها إن كان مثل مائة دينار)[2] أو أكثر فلها المائة دينار؛ وذلك لأن مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير، فكذلك جاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض، وليس كذلك العبد؛ لأن مهر المثل لا يقضى من جنسه، فلم يجز أن يملك من غير تراض؛ فلذلك قضي بمقدار قيمته[3]. والله تعالى أعلم.



(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) ما بين القوسين سقطت من أ.

(٣) انظر: الأصل ١٠/٢٣٤؛ وشرح مختصر الطحاوي ٤/٤١٦ وما بعدها.

بَابُ
المهر يزيد أو ينقص في يد الزوج أو في يد المرأة

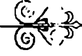


قال أبو الحسن ﷺ: إذا تزوج الرجل المرأة على جارية أو نخل أو شجر، [٩٨/ب] فولدت الجارية أو وطئت بشبهة أو أثمر النخل أو الشجر، فذلك كله مهر للمرأة في قول أصحابنا جميعاً.

قال: وجملة هذا أن الزيادة في المهر إما أن تكون في يد المرأة أو في يد الزوج، فإن كانت في يد الزوج فهو على وجهين:

ما كان نماء من نفس المهر كالولد والتمر، أو بدلاً عن جزء من أجزائه كالأرش، أو ما كان بدلاً عما هو في حكم [الجزء كالعقر](١)، فإن ذلك كله مهر، إن طلقها قبل أن يدخل بها انقسم كما ينقسم الأصل؛ وذلك لأن حق التسليم مستقر في الأصل، ألا ترى أنه ينتقل عند الهلاك إلى القيمة، والحقوق المستقرة في الأمر تسري إلى الولد، فأما الثمر فهو نماء من نفس المهر كالولد، وأما الأرش فهو بدل عن العضو فحكمه حكم مبدله، وأما العقر فهو بدل عما هو في حكم الجزء وصار كالأرش، والقسم الثاني: الزيادة إذا لم تكن من نفس المهر ولا عوضاً عن جزء منه، ولا عما هو في الحكم حكم الجزء، مثل أن يوهب لها هبة أو يكتسب كسباً، قال أبو حنيفة: ذلك ليس بمهر وإنما تملكه المرأة بملك الأصل، فإن طلقها قبل الدخول لم ينقسم، وقال أبو يوسف ومحمد: ذلك مهر

(١) في ب (الحر وكالمهر) والمثبت من أ.

وينقسم مع الأصل.

وجه قول أبي حنيفة: أن الحقوق المتعلقة بالرقاب لا تسري إلىٰ الاكتساب ككسب أم الولد؛ ولأنه ليس بمقصود بالعقد، ألا ترىٰ أن الجارية لا يقصد بتملكها ما يوهب لها، وإذا لم يكن مقصوداً ولا هو بدل عما قصد بالعقد، وإنما هو مال للمرأة [كسائر أموالها](١).

وجه قولهما: أنه يستحق بملك الأصل، فوجب أن يدور مع الأصل كالولد و[الثمر](٢)، وأما إن آجر الزوج المهر فالأجرة له؛ لأن المنافع صارت [مالاً بفعله](٣)، فهو في حكم الغاصب بملك غيره إذا آجره (ويتصدق بالأجرة؛ لأنه مالٌ حصل له من وجه محظور)(٤).

١٥٥١ـ [فَصْل: الزيادة بالمهر في يد المرأة]

وأما إذا حصلت الزيادة في يد المرأة، فكل زيادة من نفس المهر منفصلة عنه كالولد والثمر، أو ما كان بدلاً عن جزء منه، أو ما هو في حكم الجزء، فإنه يمنع الفسخ في قولهم، فإن طلقها قبل أن يدخل بها كان له نصف قيمة الأصل؛ وذلك لأن هذه الزيادة لم يقع عليها العقد فلا يقع عليها الفسخ كجارية أخرىٰ، ولا يجوز أن يقع الفسخ في الأصل دونها؛ لأن الولد موجب بالعقد فلا يسلم لها الموجب مع فسخ العقد في الأصل، كما لا يسلم لها الملك والقبض.

---

(١) في ب (كسائر ما يوهب لها أموالها) والمثبت من أ.

(٢) في ب (والثمن) والمثبت من أ.

(٣) في ب (مالا يفعله) والمثبت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وقال زفر: إذا طلقها فلها نصف المهر ونصف الزيادة؛ وذلك لأنها قبضته مع تعلق حق الزوج به، ألا ترىٰ أن حق [التنصيف][1] متصور ما لم يدخل بها، فصار كالمقبوض ببيع فاسد، [ينقسم][2] فيه العقد بزوائده.

١٥٥٢ - [فَصْل: ارتداد المرأة بعد حصول الزيادة في المهر]

وإذا حدثت الزيادة في يد المرأة ثم ارتدت أو قَبَّلت ابن زوجها قبل الدخول: قال أبو يوسف: في (الأصول)[3] ذلك كله لها، وهو قول محمد، وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف: أن الأصل والنماء للزوج.

وجه [قولهم] المشهور: أن الردّة سبب للفرقة [٩٩/أ] كالطلاق.

وجه رواية ابن سماعة: أن هذا فسخ للعقد من أصله، فصار كمن باع عبداً بجارية وقبض الأَمَة ولم يدفع العبد حتىٰ ولدت ثم مات العبد قبل أن يدفعه، فإنه يأخذ الجارية وولدها، وليس كذلك الطلاق؛ لأنه حل للعقد وليس بفسخ فيرتفع من حين الطلاق.

١٥٥٣ - [فَصْل: أثر الفسخ في الزيادة المتصلة]

وأمّا [الزيادة][4] المتصلة كزيادة البدن، فإنها تمنع الفسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تمنع.

---

(١) في ب (التضييق) والمثبت من أ.

(٢) في ب (فينفسخ) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الأصل).

(٤) في ب (الردّة) والمثبت من أ.

وجه قولهما: أنها زيادة لم يقع عليها العقد، فلا يقع عليها الفسخ كالمنفصلة، [ولأن الزيادة المتصلة لها تأثير في المنع من الفسخ ما ليس للمنفصلة، ألا ترىٰ أنَّ][1] الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهِبَة والمنفصلة لا تمنع، فإذا كانت المنفصلة تمنع الفسخ في مسألتنا فالمتصلة أولىٰ.

وجه قول محمد: أنها زيادة غير متميزة من العين كزيادة السّعر وعلىٰ هذا الخلاف إذا اختلفا في المبيع بعد الزيادة المتصلة منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولم تمتنع عند محمد، وفرق محمد بين الزيادة المتصلة في المبيع والمهر وبينها في الهِبَة؛ لأن البيع يتعلق به الضمان فيقبضه المشتري قبضاً مضموناً، فيتعلق حق البائع بما يتولد من الزيادة لأجل الضمان، وقبض الموهوب له ليس مضموناً، فيقبض العين ولا حق للواهب فيها، فتحدث الزيادة علىٰ ملكه ولا يتعلق بها حق غيره، فيمنع الفسخ.

١٥٥٤ـ [فَصْل: هلاك الزيادة بيد الزوج]

فإن هلكت هذه الزيادة في يد الزوج ثم طلقها، كان له نصف الأصل؛ لأن الزيادة لما تلفت صار وجودها وعدمها [سواء]، فيتعلق الحكم بالأصل.

١٥٥٥ـ [فَصْل: حدوث الزيادة في يد المرأة بعد الطلاق]

ولو حدثت الزيادة في يد المرأة بعد الطلاق أو الردة، ثبت حقه في الزيادة؛ لأن حق الفسخ استقر بالطلاق [في الأصل]، (فيتعلق الحق بالزيادة)[2] كالنماء فيما قبض ببيع فاسد.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) في أ (فتعلق بالزوائد).

١٥٥٦ـ [فَصْل: حصول الكسب بيد المرأة وطلاقها قبل الدخول]

وأما الكسب إذا حصل في يد المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فالكسب لها، ويأخذ الزوج نصف الجارية؛ لأن الكسب ليس بموجب بالعقد، فيجوز أن يفسخ العقد في الأصل دونه، ولا يجوز أن يستحق الزوج نصفه؛ لأنه لم يقع عليه العقد ولا التسليم الواجب بالعقد.

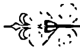
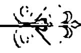
١٥٥٧ـ [فَصْل: حصول النقصان في المهر]

قد بينا حكم الزيادة في المهر، فأما النقصان فلا يخلو إما أن يكون في يد الزوج أو في يد المرأة، وكل واحد منهما على خمسة أوجه:

إن كان النقص في يد الزوج بفعل الأجنبي؛ فالمرأة بالخيار: [إن شاءت] أخذت العبد وأتبعت الجاني بالأرش، وإن شاءت أخذت قيمة العبد يوم وقع عليها العقد، وإنما يثبت لها الخيار لأنها دخلت في العقد ليسلم لها عبد صحيح، والآن يسلم لها بعض العبد وتمامه دراهم، فقد تغيرت صفة المعقود عليه قبل القبض، وهذا (سبب للخيار)[1].

(فإن اختارت أخذ العبد أخذت الأرش؛ لأن الجناية حصلت على ملكها)[2]، وإن اختارت أخذ القيمة اتبع الزوج الجاني بالأرش؛ لأن ملك المرأة نما الفسخ في المهر، صار كأنه لم يزل على ملك الزوج، فالأرش [٩٩/ب] له، وليس لها أخذ العبد [وتضمين][3] الزوج الأرش؛ لأنها إذا اختارت أخذه فقد

(١) في أ (يثبت الخيار).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) في ب (ويضمن) والمثبت من أ.

أبرأت الزوج من ضمانه [فلا يلزم الزوج شيء].

والثاني: إذا نقص المهر بفعل الله تعالىٰ؛ فالمرأة بالخيار: إن شاءت أخذته ناقصاً ولا شيء لها، وإن شاءت أخذت قيمته يوم وقع عليه العقد؛ لأنه مضمون في يد الزوج فعيوبه من ضمانه فيثبت لها الخيار (لتغير صفته)[1]، وليس لها الأرش؛ لأن الأتباع لا تُضمن بالعقود، والمهر مضمون علىٰ الزوج بالعقد، وهذا [إذا] كان العيب فاحشاً، فأما إن كان العيب يسيراً فلا خيار لها، كما لو كان العيب اليسير في الأصل.

وأما إذا حدث النقصان بفعل الزوج فالمشهور من الرواية: أن المرأة بالخيار: إن شاءت أخذته وأرش النقصان، وإن شاءت أخذت قيمته يوم العقد؛ وذلك لأن الأتبَاع تُضمن بالقبوض وإن لم يضمن بالعقود، واستهلاك الزوج قبض، وفرقوا بين هذا وبين البائع إذا جنىٰ علىٰ المبيع؛ لأن الأرش لو وجب علىٰ البائع، لوجب تسليمه بعقد البيع، (وما وجب تسليمه بعقد البيع)[2] فهو مبيع، والأرش لا يجوز أن يكون مبيعاً في الذمة، وفي مسألتنا إذا وجب تسليم الأرش علىٰ الزوج كان مهراً، والأرش يجوز أن يكون مهراً في الذمة.

وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن الزوج [إذا جنىٰ][3] علىٰ المهر فهي بالخيار: إن شاءت أخذته ناقصاً من غير أرش، وإن شاءت أخذت القيمة، وسوّىٰ بينه وبين المبيع؛ لأنه مضمون عليه بالعقد لم يستقر ملكها فيه

(١) في أ (بتغير الصفة).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (أو أجنبي) والمثبت من أ.

كالمبيع في يد البائع.

والقسم الرابع: إذا جنىٰ المهر علىٰ نفسه فيه روايتان:

إحداهما: أنه كالآفة من السماء، والرواية الأخرىٰ: أنه في حكم جناية الزوج.

[وجه الرواية الأولىٰ]: أنّ جناية الإنسان علىٰ نفسه هدر، فهي كالآفة من السماء.

[وجه الرواية الأخرىٰ]: أنّ جناية المضمون في يد الضامن كجناية الضامن، الدليل عليه العبد الغصبُ إذا جنىٰ في[1] يد الغاصب[2].

والقسم الخامس: أن تجني المرأة عليه، فتصير قابضة بالجناية ويدخل في ضمانها علىٰ ما قدمنا في المشتري إذا جنىٰ علىٰ (المبيع)[3] في يد البائع.

١٥٥٨ـ [فَصْل: النقص الحادث بالمهر في يد المرأة]

وأما النقص الحادث بالمهر في يد المرأة، فهو علىٰ خمسة أقسام:

إن جنىٰ عليه أجنبي بعد القبض (قبل الطلاق) فلها الأرش، فإن طلقها الزوج فلها نصف قيمتها ولا سبيل له علىٰ [العبد][4]؛ لأن الأرش لم يقع عليه العقد فلم يقع عليه الفسخ، وإن كانت جناية الأجنبي عليه بعد الطلاق فللزوج

(١) في ب (أو أجنبي) والمثبت من أ.
(٢) العبارة مضطربة في ب والمثبت كما ورد في أ.
(٣) في أ (المشترىٰ).
(٤) في ب (العين) والمثبت من أ.

نصف العبد وهو بالخيار في الأرش: إن شاء أخذ نصفه من المرأة، واعتبرت القيمة يوم القبض، وإن شاء اتبع الجاني فكان عليه أرش ذلك من قيمته؛ لأنه مضمون عليها، وحق الفسخ يستقر فيه كالمقبوض ببيع فاسد.

[والقسم الثاني] (وإن كان النقص بآفة من السماء)[1]، فالزوج بالخيار: إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له، وإن شاء أخذ نصف القيمة يوم القبض؛ لأنَّ حقه معها عند الفسخ [كحقها معه][2] عند العقد، ولو حدث في يده نقص بآفةٍ من السماء، [١٠٠/أ] كان لها الخيار: بين أن يأخذ العين ناقصة أو قيمتها، كذلك حق الزوج معها.

وقال زفر: للزوج أن يضمِّنها الأرش؛ لأن المهر مضمون عليها بالقبض والأتباع تُضمن بالقبوض وإن لم يضمن بالعقود، وإن كان ذلك بعد الطلاق، فللزوج أن يأخذ نصفه ونصف الأرش، وإن شاء أخذ نصف قيمته يوم قبضت، لأن الملك لها (وحق الغير في الفسخ مستقر)[3]، كالمقبوض ببيع فاسد.

وأما القسم الثالث: إذا كانت الجناية بفعلها، فالزوج بالخيار: إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له من الأرش، وإن شاء أخذ نصف قيمتها؛ لأن المرأة جنت علىٰ ملك نفسها، وجناية الإنسان علىٰ [ملك] نفسه لا تكون مضمونة عليه، وليس كذلك الزوج إذا جنىٰ في الرواية المشهورة؛ لأنه جنىٰ علىٰ ملك غيره، وجناية الإنسان علىٰ ملك غيره مضمونة عليه، وإن جنت بعد الطلاق فعليها نصف الأرش لأن حق الفسخ استقر فيها.

---

(١) في أ (أن يكون نقص بآفة سماوية).

(٢) في ب (كحقه معها) والمثبت من أ.

(٣) وفي أ (وحق الفسخ مستقر في العين).

والقسم الرابع: إذا كانت الجناية بفعل المهر، فعلى كلا الروايتين الزوج بالخيار إن شاء أخذ نصفها (ناقصاً)[1] وإن شاء أخذ نصف القيمة؛ لأنّا إن جعلنا جناية المهر كالآفة من السماء لم تكن مضمونة، وإن جعلناها كجناية المرأة لم تكن مضمونة أيضاً.

والقسم الخامس: أن تكون الجناية بفعل الزوج، فهي كجناية الأجنبي؛ لأنه جنى على ملك غيره، ولا يد له فيه (فصار كجناية الأجنبي)[2][3].



(١) سقطت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) انظر: الأصل ١٠/٢٧٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٤٢٨ وما بعدها.

بَابُ
نكاح السمعة



قال أبو الحسن: وإذا تزوج الرجل المرأة نكاحاً صحيحاً في ظاهره على الشروط التي يصح بها، وهما يريدان بذلك السمعة والرياء في الظاهر، ولا يقصدان أن يكونا به زوجين (لأمر)[1] خافاه، فالنكاح صحيح في الظاهر ـ (ولا نقصان)[2] ـ والباطن، ويبطل ما نويا من ذلك، والأصل في هذا أن عدم القصد لا يمنع من انعقاد النكاح بدلالة الهازل، وقد دل على ذلك قوله ﷺ: «**ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ، النكاح والطلاق والعتاق**»[3]، وأما إذا جعلا السمعة في المهر، فاتفقا أن المهر في الباطن مائة، وأنهما يظهران مائتين، ولم يقولا إن مائة منها سمعة، فالمهر مائتان؛ لأنه سمّى في العقد ما يصح أن يكون مهراً، ولم يتفقا على الهزل ببعضه، فما تقدم من الاتفاق لا يعتدّ به، وصار كأنه زادها في المهر الذي (اتفقا عليه)[4]، وإن كانا قالا: نظهر مائتين، منها مائة سمعة، كان المهر مائة؛ وذلك لأن إحدى المائتين اتفقا على أنهما قالا لم يقصداها، فكأنهما هزلا بها، والمهر يختلف فيه الجدّ والهزل [١٠٠/ب] وهذا على أحد الروايتين عن أبي

---

(١) في أ (لضرر).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)؛ والترمذي (١١٨٤)، وقال: «حسن غريب»؛ وابن ماجه (٢٠٣٩)؛ والحاكم في المستدرك، ٢/٢١٦؛ وابن الجارود في المنتقى، ١/١٧٨. وجميعهم بلفظ: «الرجعة» بدلاً عن «العتاق» في النص.

(٤) في أ (توافقا عليه).

حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

فأما على الرواية الأخرى: فالمهر ما أظهراه؛ لأنهما سميا في العقد ما يصح أن يكون مهراً، وما ذكراه في الباطن لم يعتدا به في حال العقد، فلا يؤثر فيه، وأما إذا اتفقا في الباطن على أن المهر ألف درهم، وإنما يظهران مائة دينار سمعة، فلها مهر مثلها، وهذا في إحدى الروايتين؛ لأن ما ذكراه في الباطن لم يسمياه في حال العقد، وما ذكراه في حال العقد لم يقصداه، فسقطا جميعاً ووجب لها مهر مثلها، فأما على الرواية الأخرى عن أبي حنيفة: [فلها][1] مائة دينار.

١٥٥٩ـ [فَصْل: الاتفاق بالإقرار بعقد لم يكن]

فإن اتفقا أن يُقِرّا بعقد لم يكن فأَقرّا بذلك لم يلزمهما؛ لأن الإقرار إخبار عن أمر متقدم لا ينعقد به شيء، فإذا لم يتقدم عليه عقد لم يتعلق به حكم. والله أعلم.

١٥٦٠ـ [فَصْل: الزواج بمهر في الباطن ثم إظهار خلافه في العلن]

قال: وإن تزوجها [في الباطن على مهر تزويجاً] قاطعاً، ثم أظهرا غير ذلك في العلانية لم يلزمهما الظاهر، وإنما يعني بهذا أن يظهرا عقداً فلا يعتبر ما سمياه فيه؛ لأن النكاح انعقد وتَمَّ، فما يظهر بعد ذلك لا يتعلق به حكم[2]. والله ﷻ أعلم.



(١) في ب (كلها) والمثبت من أ.
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٤٢٧.

بَابُ
نكاح العبيد



قال أبو الحسن: لا يجوز نكاح مملوك [عاقل] بالغ إلا بإذن سيده، عبداً كان أو أَمَة، كانت ممن يجوز بيعها أو لا يجوز بيعها، أما الأمة فلا يجوز عقدها بغير إذن سيدها؛ لأن منافع بضعها على ملكه، فلا يعقد عليها إلا بإذنه، وأما العبد فلا يصح عِقده عندنا، وقال مالك: يصح[1].

لنا: قوله ﷺ: «**أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر**»[2]، ولأنه عقد فيه عوض، فلا يملكه العبد بغير إذن سيده، كالبيع والإجارة، وكذلك المكاتب؛ لأن عقد الكتابة إذْنٌ فيما يتوصل به إلى أداء (ما لها، والتزويج يلزمه الغرم فلا يتوصل) إلى الأداء فيبقى على أصل الحجر، وكذلك المأذون في التجارة؛ لأن النكاح ليس من التجارة، ألا ترى أن من تزوجت على عبدٍ تنوي أن يكون للتجارة، [لم يكن للتجارة]، ولو كان العقود من عقود التجارة لكان بدله للتجارة كالبيع، وكذلك المدَبَّرة وأم الولد؛ لأن منافعها لمولاها كالأمة، وكذلك المكاتبة لأنها معرضة للعجز، [فيعود] بضعها إلى ملك المولى، فيصير مستحقاً عليه فلا يجوز إلا بإذنه، وأما المعتَق بعضه فهو عند أبي حنيفة كالمكاتب، وعندهما [كحرٍّ عليه دين، فيجوز تزويجه من غير إذن أحد][3].

---

(١) في المعونة: «فأما العبد، فالأمر فيه للسيد، فإن أجاز نكاحه جاز، وإن رده انفسخ». ٢/ ٧٤١.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٧٨)؛ والترمذي (١١١٢)، وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وابن ماجه (١٩٦٠)؛ وغيرهم من أصحاب السنن والمسانيد.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

١٥٦١ ـ [فَصْل: نكاح المولىٰ لإمائه]

قال: ويجوز نكاح المولىٰ عليهم جميعاً وإن كرهوا [إلا] المكاتب، أما الأَمَة والمدبرَة وأم الولد فيجوز تزويج المولىٰ لهن وإن كرهن؛ لأنه يعقد علىٰ ما يملك منهن وهو [١٠١/أ] الاستباحة، فصار كعقده علىٰ منافع أعضائهن وكبيعهن، وأما العبد فظاهر رواية الأصل: أنه [يجوز][١] تزويجه بغير رضاه، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يزوجه إلا برضاه، وبه قال الشافعي.

والدليل علىٰ أنه يجوز إنكاحه: أنه عقد لا يملكه [العبد][٢] من نفسه، فيملكه المولىٰ منه [إذا كان مما يملك] كعقد الإجارة، ولا يلزم المكاتب؛ لأن إطلاق العبد لا يتناوله، [ثم نسوّي بين الأصل والفرع]؛ ولأن هذا العقد يستحق به مال المولىٰ في المهر والنفقة، فصار كعقده علىٰ أمواله؛ ولأن كل عقد ملكه بحق الملك علىٰ أمته، ملكه علىٰ عبده كالإجارة والبيع.

ووجه الرواية الثانية: أن المعقود عليه من جهة العبد هو الاستباحة، وذلك معنىً لا يملكه المولىٰ منه، فلا يجوز عقده عليه.

وأما قول الشافعي: أن المولىٰ إذا أكره عبده علىٰ النكاح فلا فائدة فيه[٣]؛ لأن الطلاق بيده فيفارق عقيب العقد فبطل [لمن][٤] قال لزوجته المطلقة: إن راجعتك فأنت طالق ثلاثاً، إنه لا فائدة في الرجعة وإن صحت، ولأن [في]

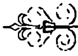
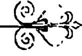
---

(١) في ب (يجعل) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يملك) والزيادة من أ.

(٣) انظر: المهذب ٤/١٢٠، ١٢١.

(٤) في النسخ (بمن) والمثبت بما يقتضيه السياق.

العقد فائدة [للعبد]، وهو أن المولىٰ تحصل له الإباحة وقد يحتم علىٰ العبد مولاه أن يطلق عقيب النكاح في العادة.

فأما المكاتب والمكاتبة فلا يجوز للمولىٰ تزويجهما بغير رضاهما؛ لأنه أخرجهما عن يده بعقد منع من تصرفه فيهما، فصار كعقد البيع، فإذا رضيا جاز عقده؛ [لأنه منع من العقد لحقهما، فإذا رضي جاز، ولا يجوز لهما أن يتزوّجا إلا بإذن المولىٰ لما ذكرنا، فإن أذن لهما المولىٰ جاز][1]؛ لأنهما منعا من العقد [لحقه]، فإذا [رضي] جاز [عقدهما][2].

١٥٦٢ - [فَصْل: ملكية مهر الأمة]

قال: وما كان من مهر وجب بالعقد للأَمَة أو بالدخول مسمىً كان أو مهر المثل، فهو [للمولىٰ، إلا المكاتبة والمعتق بعضها، فإن المهر لها.

والأصل في ذلك: أن المهر في حكم العوض عن جزء من أجزائها، فهو كالأرش؛ ولأن المهر بدل عن منافع بُضعها][3]، كالبدل عن منافع أعضائها، وأما المكاتبة فهي المستحقة لأرشها، والمهر في حكم الأرش.

١٥٦٣ - [فَصْل: تحصيل المهر من العبيد]

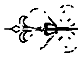
وما لزم العبيد من المهور بإذن المولىٰ فإنهم يباعون فيه، وذلك لأنه دين لزم العبد بسبب ثابت في حقه وحق مولاه، وهذا علىٰ أصلنا أن العبد يباع في ديونه، وقد بيّنّا ذلك في البيوع.

---

(١) الزيادة زيدت من أ.

(٢) في ب (لحقهما) (رضيا) (عقده) والمثبت من أ.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.




وأما المدبر والمكاتب فيسعون في المهر ؛ لأن دين العبد يستوفى من رقبته وكسبه وقد تعذر الاستيفاء من الرقبة بالتدبير والكاتبة ، فلم يبق إلا أن يستوفي من الكسب.

١٥٦٤ـ [فَصْل: المهر دين]

قال: وما لزم من ذلك بغير إذن المولى أتبع به بعد العتق ؛ وذلك لأنه دين تعلق بسبب لم يثبت في حق المولى فصار كما [لو] ثبت بإقرار العبد.

١٥٦٥ـ [فَصْل: تزويج العبيد بالولاية]

وليس لأحد [أن] يتصرف على غيره بالولاية ، أو بالأمر أن يزوّج عبده ، مثل الأب والوصي والمفاوض والمضارب والمأذون ؛ وذلك لأن تصرف هؤلاء على وجه الاحتياط وفيما يعود به النفع إلى المال ، وتزويج العبد ضرر من غير منفعة للمولى ، ألا ترى أنه يستحق المهر والنفقة ، فلم [يملك][1] الغير عليه.

فأما تزويج الأمَة فقال أبو حنيفة: كل من كان تصرفه عاماً في التجارة وغيرها فإنه يملك تزويج الأمَة في حق الغير ، مثل الأب والجد والوصي [والمكاتب] والمفاوض والقاضي وأمين القاضي ؛ وذلك لأن تصرف [١٠١/ب] هؤلاء عام في كل ما عاد نفعه إلى المال ، وفي التزويج نفع لأنه يستحق المهر والولد ، [فكان لهم تزويجها] ، وأما من كان تصرفه خاصاً في التجارة كشريك العنان والمضارب والمأذون ، فلا يملكون عند أبي حنيفة ومحمد تزويج الإماء.

وقال أبو يوسف: كل من كان تصرفه عاماً فإنه يملك تزويج الأَمَة.

(١) في ب (يملكه) والمثبت من أ.

وجه قولهما: أن تصرف هؤلاء خاص في التجارات، والنكاح ليس من التجارة؛ بدلالة أن المأذونة لا تزوج نفسها، وإذا لم يكن من التجارة لم يجز عقدهم فيه.

وجه قول أبي يوسف: أن تصرف هؤلاء عام، [فحلوا][1] محل الأب والوصي.

وقال أبو يوسف: إذا زوج الأب جارية ابنه الصغير من عبده جاز، وقال زفر: لا يجوز.

وجه قول أبي يوسف: أن فيه منفعة، ولا ضرر فيه بدلالة أنه يحصل له الأولاد ولا يستحق رقبته بالمهر ولا بالنفقة؛ لأن النفقة [تجب] على مولاها بعد النكاح وقبله، فصار كتزويج الأمَة.

لزفر: أن هذا [يوجب عيبًا][2] في رقبته، ويجوز أن يبيع الأَمَة فيستحق رقبته بالمهر، فصار كتزويجه بأَمَةِ الغير.

١٥٦٦- [فَصْل: تزويج العبد والأمة بغير إذن المولى]

قال: وإن زوَّج عبداً أو أَمَة أو أحداً ممن ذكرنا أنه لا يجوز تزويجه إلا بإذن مولاه، [فإن زوَّج] بغير إذن المولى ثم أجاز المولى النكاح قبل الدخول بالزوجة أو بعده جاز النكاح، ولم يلزم الزوج إلا مهر واحد، وهذا استحسان في الإجازة بعد الدخول؛ وذلك لأن من لا يملك العقد إذا عقده وقف على إجازة مالكه

(١) في ب (فحل) والمثبت من أ.

(٢) في ب (واجب علينا) والمثبت من أ.

كالأجنبي، فإذا (أجاز استندت إجازته)[1] إلىٰ العقد، فكأنه عقد بإذنه، وأما إذا تزوج العبد بغير إذن المولىٰ، ودخل بها، ثم أجاز المولىٰ [النكاح]، فالقياس أن يلزمه مهر بالدخول ومهر بالإجازة؛ لأن الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد فيجب به مهر المثل، فإذا أجاز العقد وجب بالعقد الصحيح مهراً آخر.

وجه الاستحسان: أنه لا يلزمه إلا مهر واحد؛ لأن مهر المثل لو وجب لتعلق بحكم العقد، ألا ترىٰ أنه لو [لا][2] العقد لوجب به الحد والمسمىٰ يجب بالعقد، فلو اجتمعا لأوجب العقد الواحد مهرين، وهذا لا يصح.

١٥٦٧ - [فَصْل: زواج الأمة بغير إذن المولىٰ]

وإذا تزوجت الأَمَة بغير إذن المولىٰ ثم خرجت من ملكه فإن حَلَّ فرجها للمالك الثاني انفسخ النكاح، وإن لم يحل فأجاز الثاني جاز، وأما العبد فللثاني أن يجيز نكاحه.

والكلام في هذه المسألة يقع في أن العقد إذا وقف علىٰ واحد جاز أن يلحقه الإجازة من غيره، وقال زفر: لا يجوز.

[لنا]: ذلك لأن المالك إنما وقف عليه العقد؛ لأنه يملك إجازته، وهذا المعنىٰ موجود في المالك الثاني، [فينبغي أن يكون مثله؛ ولأنه لما ملك ابتداء العقد، جاز أن يملك إجازته، أصله المالك الأول] ولا شبهة في العقد علىٰ ملك الصغير إذا لم يجزه الوصي حتىٰ بلغ [الصغير]؛ لأن الوصيَّ إنما كان يقوم مقام

(١) في أ (فإذا أجازه استندت الإجازة).

(٢) في ب (قال) والمثبت من أ.

الصغير في الإجازة لعجزه، فإذا بلغ فقد قدر على الإجازة فيجوز بإجازته.

وأما زفر فيقول: بأن هذا العقد وقف على إجازة واحدٍ، فإذا انتقلت عنه الإجازة لم يجز أن تلحقه الإجازة من جهة غيره.

أصله: إذا [تزوّج] أَمَة الغير بغير إذنه فمات [١٠٢/أ] المولى قبل الإجازة، أن الوارث لا يملك الإجازة، كذلك هذا.

والفصل الثاني: أن كل استباحة صحيحة طرأت على استباحة موقوفة أبطلتها، وكل ملك صحيح طرأ على ملك موقوف أبطله، والدليل عليه حديث حكيم بن حزام أنه قال لرسول الله ﷺ: إني أدخل السوق فأستجيد السلع ثم أخرج فأبيعها ثم أرجع فأبتاعها وأسلمها، فقال ﷺ: «**لا تبع ما ليس عندك**»(١)، والمعنى في ذلك أنه طرأ ملك صحيح على ملك موقوف، ولأن الشيء الواحد لا يجوز أن يكون ملكاً لمالكين، كل واحد منهما يملك جميعه، ومعلوم أن [الملك] الموقوف قد أوجب حق التمليك للعاقد، فإذا انتقل الملك لا يخلو إما أن [يصحا](٢) جميعاً، وهذا لا يصح [لما بيّنّا، أو يبطلا جميعًا، وهذا لا يجوز؛ لأنه خلاف الإجماع؛ لأن العقد الثاني وقع صحيحًا بشرائطه]، فلم يبق إلا أن يصح أحدهما، (فكان تصحيح(٣) الصحيح) أولى من تصحيح الموقوف(٤).

إذا ثبت هذا، قالوا: فيمن زوَّج أمَة غيره فلم يجز المولى حتى مات، فإن

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣)؛ والترمذي (١٢٣٢)؛ والنسائي (٤٦١٧)؛ وابن ماجه (٢١٨٧)؛ وأخرج البخاري بلفظ «**من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**» من حديث ابن عمر رضي الله عنهما (٢٠٢٩).

(٢) في ب (أن يكون صحا) والمثبت من أ.

(٣) في أ (فلأن يصح الصحيح).

(٤) في ب عبارة: و(ولا يجوز أن يبطلا جميعًا... إذا ثبت) ورد هنا.

ورثها من يحل [له] وطؤها، بطل النكاح الموقوف؛ لأن الاستباحة الصحيحة طرأت على الموقوفة، وإن ورثها من لا يحل له وطؤها، مثل أن يرثها جماعة أو يرثها ابنه، وقد كان الميت وطأ الجارية فللوارث الإجازة؛ لأنه لم تطرأ استباحة [صحيحة على استباحة] موقوفة [فبقي][1] الموقوف بحاله، وكذلك إذا باعها المولى فالحكم في إجازة المشتري على الوجه الذي ذكرناه في الوارث.

وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير إذنه ووطئها فباعها المولى لرجل، ملك الإجازة؛ لأن وطء الزوج يمنع وقوع الإباحة للمشتري، [فلم تطرأ استباحة صحيحة على الموقوفة] وأما العبد إذا تزوج بغير إذن المولى ثم مات المولى أو باعه، فللوارث والمشتري الإجازة، لأنه لا يستباح بالملك، فلم يطرأ على الاستباحة الموقوفة ما ينافيها.

١٥٦٨ - [فَصْل: زواج العبد أو الأمة بغير إذن المولى فاعتقا]

وإذا تزوج العبد أو الأمَة بغير إذن المولى فأعتقهما جاز النكاح، وذلك لأن لكل واحد منهما قولاً صحيحاً، وإنما لم ينفذ عقدهما لحق المولى، فإذا أعتقهما فقد زال حق المولى، فلم يبق إلا حقهما فجاز العقد.

وقد قال أصحابنا: إنهما إذا أُعتقا جاز العقد بغير إجازة؛ لأن العتق أسقط حق المولى، فلم يبق إلا حق العبد فلم يقف عقده على إجازته، ولو لم يعتقه، ولكنه أذن له في النكاح لم يجز ذلك العقد إلا بالإجازة؛ لأن الإذن لم يسقط حق المولى، ألا ترى أنه يملك النهي، وإذا كان حقه ثابتًا، وإنما ملك العبد ما [جعله] إليه، صار العبد كهو فلا بد من الإجازة. والله ﷻ أعلم.

(١) في ب (وهي) والمثبت من أ.

١٥٦٩ـ [فَصْل: اقتضاء إذن المولىٰ لعبده بالزواج]

وإذا أذن المولىٰ لعبده(١) أن يتزوج، لم يجز أن يتزوج إلا امرأة واحدة؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار بإطلاقه، فيفيد أدنىٰ ما يتناوله الاسم.

١٥٧٠ـ [فَصْل]:

فإن قال تزوج ما شئت من النساء، جاز أن يتزوج اثنتين ولم يجز أكثر من ذلك؛ لأنه ملّكه النكاح عَاماً فملك منه جميع ما يملكه العبد.

وقد قال أصحابنا: إن الحرّ [١٠٢/ب] لا يتزوج بأكثر من أربع لقوله تعالىٰ: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]، معناه: مثنىٰ أو ثلاث أو رباع، ومن تأول ذلك علىٰ الجمع فقد غلط؛ لأن الزَجاج قال: هذا عِيّ من الكلام؛ لأن العرب إذا عبرت [عن تسعة لا يقولون اثنين وثلاثة وأربعة، إنما يقولون تسعة](٢)، وهذا كقوله تعالىٰ: ﴿أُوْلِيٓ أَجْنِحَةٍ مَّثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [فاطر: ١] وإنما اختص رسول الله ﷺ بجواز زيادة العدد لفضيلته؛ لأنه كان يقدر علىٰ التسوية بينهن، فأما العبد فلا يتزوج أكثر من اثنتين، لما روي أن النبي ﷺ قال: «**لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين**»(٣)، ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر، (فللرق فيه تأثير)(٤) في نقصه كالقسم، ولأن النكاح بُني علىٰ التفاضل بدلالة أن رسول الله ﷺ لما كان أفضل

(١) في أ (للعبد).

(٢) في ب (لا تقل مثنىٰ وثلاث ورباع)، والمثبت من أ، كما نقل نحوها ابن الجوزي عن الزجاج في زاد المسير في علم التفسير، ص ٢٥٥ (ابن حزم).

(٣) ذكر الحافظ إجماع الصحابة علىٰ ذلك، كما في التلخيص الحبير، ١٧٣/٣؛ ونحوه ابن الملقن في خلاصة البدر، ١٩٦/٢. ولم أجد الحديث مرفوعاً بسحب علمي.

(٤) في أ (فللرق تأثر في نقصه).

الناس، جاز له من العدد ما لا يجوز لغيره، والحرّ أفضل من العبد، فوجب أن يتفاضلا في العدد.

١٥٧١ - [فَصْل: المهر إذا تزوّج نكاحاً فاسداً]

فإن تزوج العبد نكاحا فاسداً ودخل [بها] لزمه المهر في الحال في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: بعد العتق.

وجه قول أبي حنيفة: أنه أذن له في العقد، وإطلاق العقد يقتضي الصحيح والفاسد بدلالة الإذن في البيع، ولا يلزمه إذا حلف لا يتزوج أنه يحمل على الصحيح؛ لأن الأيمان لا تحمل على (الإطلاق)[١] وإنما تحمل على العرف، والمعتاد عن الامتناع من التزويج أن يمتنع مما يصح، يبين ذلك ما قالوا أنه لو حلف ما تزوج وقع على الصحيح والفاسد، فدل على أن المستقبل لمّا حُمل على الصحيح لم يحمل للإطلاق، وإنما حمل للعرف.

وجه قولهما: أن غَرَض المولى بالإذن في التزويج أن يحصل لعبده الاستباحة ويعفه عن الزنا، وهذا المعنى موجود في الصحيح دون الفاسد.

١٥٧٢ - [فَصْل]:

فإن أذن له في نكاح فاسد لزمه المهر في الحال في قولهم؛ لأنه مال لزمه بسبب إذن له فيه [فصار كسائر العرف][٢].

---

(١) في أ (الطلاق).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

١٥٧٣ ـ [فَصْـل: نكاح الأمة على الحرة]

ولا يجوز نكاح الأمَة على الحرة، ويجوز نكاح الحرة على الأمَة وقد قدمنا ذلك، فإن جمعهما في عقد صح نكاح الحرة وبطل نكاح الأمَة؛ وذلك لأن [نكاح] الحرة والأمة ينفي نكاح إحداهما الأخرى، ولا تنفي الأمَة الحرة، فإذا جمع بينهما فكل واحدة منكوحة على الأخرى، ولو نكح الأمَة على الحرة على الانفراد بطل نكاحها، ولو نكح الحرة على الأمَة على الانفراد صح نكاحها، فإذا جمع بينهما صح ما يصح على الانفراد وبطل ما يبطل على الانفراد، وليس [كذلك الأختين][١] لأن نكاح كل واحدة منهما ينفي نكاح الأخرى، فإذا جمع بينهما تنافيا جميعاً.

١٥٧٤ ـ [فَصْـل: عتق الأمة بعد النكاح]

قال: إذا أعتقت الأمَة بعد صحة نكاحها فلها الخيار، وقال الشافعي: إن كان زوجها حراً فلا خيار لها، وإن كان عبداً فلها الخيار[٢].

لنا: قوله ﷺ لبريرة: «**ملكتِ بضعكِ فاختاري**»[٣]، فجعل العلة المثبتة للخيار معنى فيها، وعند مخالفينا الخيار يثبت لمعنى [في] الزوج [لا فيها]، ولأنها ملكت نفسها بالحرية بعد تمام العقد عليها [أهـ: ١٠٥أ ـ بد: ١٠٥ب] فصار كما

---

(١) في ب (ذلك للأختين) والمثبت من أ.

(٢) انظر: المهذب ٤/١٧٥.

(٣) أصل الحديث في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها: (أن بريرة عتقت، فخيرها النبي ﷺ من زوجها)، البخاري، (٢٤٣٩، ٤٩٧٧).
ونص الحديث أخرجه ابن سعد من مرسل الشعبي، ووصله الدارقطني من حديث عائشة كما في الدراية، ٢/٦٢.

لو كان زوجها عبداً، [ولأنّ][1] مخالفنا يثبت الخيار لعدم[2] الكفاءة من جهة الزوج، وعدم الكفاءة في حال البقاء لا يؤثر في النكاح، ولأن ما يوجب النقص إذا وقع به [الرضا بالعقد][3] لم يثبت فيه الخيار من بعد، كالفسق وعدم النسب والمال، ولأنه استفاد بحريتها زيادة ملك عليها لم يملكها بعقد النكاح: وهي التطليقة الثالثة، فكان لها الامتناع من التزام ذلك، (كما فيما إذا كان عبداً)[4]، وهذا على أصلنا أن الطلاق بالنساء يجعل [الأصل] المتفق عليه الرجعة في الحيضة الثالثة. وقد ألزم على هذه المسألة مسائل، منها:

إذا تزوجت بغير إذنه فأعتقها أنه لا خيار لها، وهذا لا يلزم؛ لأن العقد تم عليها [بعد الحرية][5] برضاها، وألزموا عليه المريض إذا زوج أَمَته وقيمتها مائة ولا مال له غيرها بمهر مائتين، وأعتقها في مرضه أنه لا خيار لها، وهذا لا يلزم؛ لأن عندنا لها الخيار إلا أنه يتعذر استيفاؤه؛ لأنها لو اختارت [نفسها] سقط مهرها، وإذا سقط مهرها بطل عقدها، وإذا بطل عقدها بطل خيارها، فكان في استيفاء الخيار فسخه، يبيّن ذلك أن المريض لو ظهر له مال كان لها أن تختار، والخيار إنما يثبت بالعتق لا بظهور المال، وألزموا الحرة إذا تزوجت وهي مجهولة النسب ثم أقرت بالرق فأعتقها المُقر له، وهذا لا يلزم لأنا لم نحكم بالرق، ووقوع الحرية في حق الزوج وإنما [نحكم][6] بذلك في حقها.

---

(١) في ب (ولا) والمثبت من أ.

(٢) هنا عبارة (تمام العقد) في ب، وهي ساقطة من أ، والسياق يدل على إقحامها في النص.

(٣) في ب (العقد) والمثبت من أ.

(٤) في أ (كما لو كان الزوج عبدًا).

(٥) في ب (بالحرية) والمثبت من أ.

(٦) في (حكم) والمثبت من أ.

١٥٧٥ـ [فَصْل: المكاتبة إذا تزوجت بإذن المولىٰ]

وقد قال أصحابنا في المكاتبة: إذا تزوجت بإذن المولىٰ ثم أدَّت فعتقت أن لها الخيار؛ لأنها ملكت نفسها بالحرية بعد تمام العقد عليها كالأَمَة، وقال زفر: لا خيار لها لأنها ملكت بدل بضعها كالحرة، وهذا ليس بصحيح؛ لأنها لم تملك بدل بضعها بعقد النكاح، وإنما ملكته بعقد الكتابة، فالمعتبر في سقوط الخيار أن يسلم لها البدل بعقد النكاح، فأما إذا سلم بغيره لم يمنع ثبوت الخيار، كما لو زوج المولىٰ أمَته علىٰ طعام، وأذن لها في أكله، [وإذا أعتقها ووهب لها مهرها].

١٥٧٦ـ [فَصْل: في الرق إذا طرأ علىٰ النكاح ثم أعتقت]

وقد قال أبو يوسف: في الرّق إذا طرأ علىٰ النكاح ثم أعتقت ثبت لها الخيار، كالحربية إذا تزوجت ثم سبيت فأعتقت، والمسلمة إذا تزوجت ثم ارتدت مع زوجها ولحقا بدار الحرب، فأخذا معاً فاسترقت ثم أعتقت إن الخيار لها ثابت.

وقال محمد: إذا لم يثبت العقد علىٰ وجه يوجب الخيار لم يثبت لها الخيار بالعتق، وعلىٰ هذا الخلاف جوّز أبو يوسف أن يثبت خيار العتق في العقد مرة بعد مرة مثل أن تعتق فتختار الزوج، ثم تسترق فتعتق فتختار نفسها.

وقال محمد: لا يثبت بالرق الثاني الخيار.

وجه قول أبي يوسف: أن العتق سبب للتخيير، فصار كقوله لها: اختاري.

وجه قول محمد: أن (العتق)[1] وقع غير موجب للخيار فلا يتعلق به خيار

(١) في أ (العقد).

لم يثبت سببه في حال العقد، كالكفاءة إذا زال سببها.

١٥٧٧ - [فَصْل: خيار المخيرة في المجلس]

وقد [١٠٣/أ] قالوا: إن الخيار للمخيّرة في المجلس الذي تعلم فيه بالعتق، وبأن لها الخيار؛ وذلك لأنه خيار تملك فيقف على المجلس كخيار القبول.

قالوا: فإن علمت بالعتق ولم تعلم بالخيار [في ذلك المجلس] ثم علمت أن لها الخيار في مجلس آخر، فلها أن تختار في ذلك المجلس، وإن كان قد وطئها فيما بين المجلسين؛ لأن سبب هذا الخيار تملكها لبضعها بعد أن لم تكن مالكة، [والخيار إذا ثبت بملك طارئ][1] على النكاح اعتبر العلم بالتمليك، كقوله: اختاري.

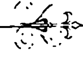
١٥٧٨ - [فَصْل: الفرقة التي لا تكون طلاقًا]

قال: وهي فُرقة بغير طلاق؛ لأنها تتعلق بسبب من جهة المرأة والفرقة متى كانت بهذه الصفة لم تكن طلاقاً؛ لأن المرأة لا تملك الطلاق ولا تفتقر إلى حكم الحاكم؛ لأنه خيار طارئ على النكاح كاختيار المخيرة[2].

والله ﷻ أعلم بالصواب.



(١) في ب (بالخيار إذا تعلق تملك طار)، والمثبت من أ.
(٢) انظر بالتفصيل: الأصل ٢٦٣/١٠ وما بعدها.

بَابُ
نكاح أهل الذمة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة، والكلام في هذا الفصل يقع في جواز أنكحتهم، وقد دللنا علىٰ ذلك فيما مضىٰ، فأما صحة أنكحتهم التي تقع علىٰ وجه يصح من المسلمين؛ فلأن الناس كلهم في الشريعة سواء إلا ما خص بدليل، ولهذا قال ﷺ: «**خطابي للجماعة**»، وقال: «**بعثت إلىٰ الأحمر والأسود**»[1]، فأما ما حرم علىٰ المسلمين من العقود فإنها تنقسم في حقهم، فعند أبي حنيفة: كل نكاح يفسد بين المسلمين [لفقد][2] شرط، فإنه يصح منهم كالنكاح بغير شهود، ونكاح الذمية في عدة ذمي، وما كان الفساد فيه لمعنىٰ في نفس المعقود عليه أو كان من طريق الجمع، فإنه فاسد في حقهم، فالأول: مثل نكاح ذوات المحارم، والثاني: مثل الجمع بين الخامسة والأختين والزوجين وإن سبيت.

قلت: كل نكاح فسد بين المسلمين لمعنىٰ يستوي فيه الابتداء والبقاء فسد في حقهم، وما فسد في حق المسلمين لمعنىٰ يختلف فيه الابتداء والبقاء، فإنه لا يفسد في حقهم.

وقال أبو يوسف: ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم إلا النكاح بغير شهود، فكأنه يعتبر الفساد المجمع عليه.

(١) أورده العجلوني في كشف الخفاء، ١/٤٥٠.

(٢) في ب (لعقد).

وقال محمد: ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم إلا النكاح بغير شهود، والجمع بين أكثر من أربعة والجمع بين الأختين.

وقال زفر: ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم. والكلام يقع مع زفر في الذمي إذا تزوج بغير شهود ثم أسلم.

قال أصحابنا: يقر على نكاحه، وقال زفر: لا يقر.

لنا: أن الشهادة تعتبر في ابتداء النكاح حقاً لله تعالى، والكافر لا يخاطب بحقوق الله تعالى في أحكام الدنيا، وفي حال البقاء الشهادةُ غير معتبرة بدلالة موت الشهود، ولأن أهل الذمة إذا التزموا أحكامنا بالذمة لم يلتزموها على اختلافها، فإذا كان هذا [النكاح] يصح بين المسلمين بوجه فلأن يصح من الكفار [١٠٣/ب] أولى.

وجه قول زفر: أنه نكاح فاسد، فيستوي فيه المسلم والذمي كنكاح ذوات المحارم.

١٥٧٩ ـ [فَصل: زواج الذمي ذمية أثناء عدتها]

وأما إذا تزوج الذمي ذمية في عدة من ذمي جاز النكاح عند أبي حنيفة، فإن أسلما أقرا عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: النكاح فاسد.

وجه قول أبي حنيفة: أن العدة تؤثر في ابتداء النكاح، ولا تمنع البقاء كالشهادة؛ ولأن العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج، فما كان من حق الله فالذميان لا يخاطبان به في أحكام الدنيا، وما كان من حق الزوج فإنه لا يعتقده

حقاً، فسقطت العدة في ابتداء (العقد)[1] فلم يجز أن يؤثر فيه حال البقاء، وليس كذلك إذا تزوجها في عدة من مسلم؛ لأن المسلم يعتقد العدة حقاً فتجب [العدة] لأجله فيمنع العقد.

وجه قولهم: أن النكاح في حال العدة مجمع على تحريمه كنكاح ذوات المحارم.

١٥٨٠ـ [فَصْل: نكاح ذوات المحارم]

وأما نكاح ذوات المحارم فهو فاسد؛ لأن الفساد في نفس المعقود عليه، ولأنه يستوي فيه الابتداء والبقاء إلا أن عند أبي حنيفة لا يعترض عليهم فيه إلا أن يترافعوا إلينا أو يسلم أحدهم.

وقال أبو يوسف: أفرق بينهم، ترافعوا أو لم يترافعوا.

وقال محمد: إن ارتفع أحدهما فرقت وإلا لم أفرق.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد إذا لم يترافعوا: (أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر: «**إما أن تذروا الربا أو تأذنوا بحرب من الله**»[2]، ولم يكتب إليهم في أنكحتهم، وفتح المسلمون بلاد فارس ولم يعترضوا في الأنكحة، والذي روي (أن عمر رضي الله عنه كتب أن يفرق بينهم وبين أمهاتهم) لو ثبت لنقل من طريق الاستفاضة، فلما لم ينقل دل على أنه لم يثبت، أو يكون كتب به ورجع عنه فلم

---

(١) في أ (النكاح).

(٢) لم أجد في كتاب النبي ﷺ هذا اللفظ (بحسب اطلاعي)، وإنما ذكر الجميع: (أنه ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قُبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم). انظر: نصب الراية ٤/١٨١.

يعمل عليه، ولأنه أمر يعتقدونه ديناً وليس فيه ضرر علينا فصار ككفرهم.

وجه قول أبي يوسف: قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، [والله تعالى لم ينزل نكاح الأمهات] ولأن جميع الناس في أحكام الشريعة سواء، [إلا أن يقوم دليل] ولو استطعنا [لتتبعنا][1] دار الحرب بأحكامنا، إلّا أنه لا يمكن [فوجب إجراؤها] في دار الإسلام.

١٥٨١ - [فَصل: الفرقة إذا رضي أحدهم بحكمنا]

وأما إذا رضي أحدهم بحكمنا، قال أبو حنيفة: لا يفرق بينهم، وقال محمد: يفرق.

وجه قول أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] فعلق الحكم بشرط وهو اجتماعهم عليه، ولأن ترك الاعتراض حق لهما، فإذا طلب أحدهم حكمنا فقد أسقط حق نفسه فبقي حق الآخر بحاله.

وجه قول محمد: أن الطالب بحكمنا ملتزم له، فصار كما لو أسلم.

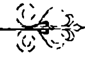
١٥٨٢ - [فَصل: إقامة الذمي مع مطلقته ثلاثاً]

وأما إذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً أو خالعها ثم أقام عليها، فإنه يمنع منها وإن لم يترافعا؛ وذلك لأنه طرأ بعد العقد ما أوجب إسقاط حقه عنها، فلا يقر على المقام بغير عقد كما لا يقر على الزنا.

١٥٨٣ - [فَصل: زواج الذمي بلا مهر]

قال أبو حنيفة: إذا تزوج الذمي الذمية على أن لا مهر لها، صَحَّ ذلك [١٠٤/ب]

(١) في ب (لسقنا) والمثبت من أ.




ولا شيء لها وإن أسلمت، وقال أبو يوسف ومحمد: لها مهر مثلها.

وجه قول أبي حنيفة: أن المهر ثبت في ابتداء النكاح لحق الله ولحق الزوجة، فما كان من حق الله تعالىٰ فهما لا يخاطبان به، وما كان من [حقها][1] فقد أسقطته، فلو اعتبر المهر لاعتبر في حال البقاء مع رضاها بإسقاطه، وهذا لا يصح كما لو [أبرأت][2] من مهرها بعد تسميته، ولا يلزم إذا تزوجها علىٰ خمر أو خنزير، لأنها لم ترض بإسقاط حقها من البدل حين سَمّت ماله قيمة عندها.

(وقد قال في الأصل: ولو تزوجها بميتة أو دم أو بغير شيء؛ كان لها مهر مثلها، وهذا محمول علىٰ أنه سكت عن التسمية، والسكوت ليس برضاً منها بإسقاط حقها)[3].

وجه قولهما: أن أهل الذمة محمولون علىٰ أحكام الإسلام، فما أجمع عليه [المسلمون] لزمهم حكمه، [وثبوت][4] المهر في النكاح مجمع عليه، فلا يسقط بإسقاطهم.

١٥٨٤ـ [فَصْل: الزواج علىٰ ميتة أو بغير شيء]

وقد ذكر في الأصل: إذا تزوجها علىٰ ميتة أو دم أو بغير شيء فالنكاح جائز، ولها مهر مثلها، وظاهر قوله: (أو بغير شيء) السكوت عن التسمية (لا)[5] أنه نفاها.

---

(١) في ب (حقهما) والمثبت من أ.
(٢) في ب (أبرأ) والمثبت من أ.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٤) في ب (ويثبت) والمثبت من أ.
(٥) في أ (إلّا).

(وقال)[1] في الجامع الصغير: إذا تزوجها على ميتة أو دم فلا شيء لها، وحكى أبو عبد الله البصري عن أبي الحسن أنه قال: قياس قول أبي حنيفة أن لا يثبت لها المهر كما لو (نفياه)[2]، ومن أصحابنا من فرق بين الموضعين فقال: إذا تزوجها على أن لا مهر لها فلا مهر، وإن سكت عن التسمية فلها المهر، وتأول ما ذكره في النكاح على أنه سكت [عن التسمية؛ لأنه نفاه]، والفرق بينهما: أن المهر يثبت في العقد لحق الله تعالى وحقها، وإنما يسقط بالنفي، والسكوت ليس بنفي فبقي المهر متعلقاً بالعقد، وأما إذا تزوجها على ميتة أو دم فقال: لها [مهر مثلها][3] رواية واحدة؛ لأنها لم ترض باستحقاق (بضعها)[4] إلا ببدل، فصارت كالمسلمة.

ويتأول ما ذكره في الجامع الصغير على الحربيين فيكون جامعاً بينهما، وما ذكره في الأصل [حمل][5] على الذميين، ومنهم من جعل ما ذكره في الجامع مخالفًا لما ذكره في الأصل.

فوجه رواية الأصل ما ذكرنا أنها لم ترض باستحقاق بضعها إلا ببدل، فلم يجز استحقاقه على غير الوجه الذي رضيت به.

ووجه رواية الجامع: أنها لما رضيت بالميتة ولا قيمة لها صار ذلك رضاً باستحقاق بضعها بغير بدل، فكأنها قالت: على أن مهر لي.

---

(١) في أ (إلا أنه ذكر).

(٢) في أ (نفاه).

(٣) في ب (المهر) والمثبت من أ.

(٤) في ب (بعضها).

(٥) في ب (جملة).

١٥٨٥ - [فَصل: نكاح أهل الذمة فيما اختلفت شرائعهم]

ويجوز نكاح أهل الذمة بعضهم لبعض [وإن اختلفت شرائعهم][١]؛ وذلك لأن الكفر ملة واحدة بدلالة قوله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ [الكافرون: ٦] فجعل لهم ديناً واحداً، ولأنه يجمعهم اعتقاد واحد يقرون عليه، وهو التكذيب برسول الله ﷺ، فصار كاليهود المختلفين فيما بينهم. والله أعلم.

١٥٨٦ - [فَصل: الفرقة في إسلام أحد الذميين]

قال: وإذا أسلم أحد الذميين لم تقع الفرقة حتى يعرض الحاكم على من لم يسلم الإسلام، فإن أسلم وإلا فرق بينهما.

قال: وجملة هذا أن المرأة إذا أسلمت في دار الإسلام عرض الحاكم على زوجها الإسلام، فإن أسلم وإلا فرق بينهما، وإن أسلم [١٠٧/ب] الزوج، فإن كانت الزوجة كتابية فالنكاح بحاله؛ لأنه يصح الابتداء به، وإن كانت مجوسية أو وثنية عرض الحاكم عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما، وقال الشافعي: إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول لم تقع الفرقة حتى تمضي ثلاث حيض، فإن أسلم الآخر قبل مضيها فالنكاح بحاله، وإن لم يسلم بانت بمضيها[٢].

لنا: (ما روي أن رجلاً من بني تغلب أسلمت امرأته، فعرض عليه عمر رضي الله عنه الإسلام فامتنع ففرق بينهما)، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف، ولأنه إسلام طارئ على نكاح ذميين فلا تقع الفرقة فيه بمضي [ثلاث حيض][٣]، كما

---

(١) في ب (وإن اختلفت شهرًا يعمهم).

(٢) انظر: المهذب ٤/١٨٠؛ المنهاج ص٣٨٧.

(٣) في ب (حيض) والمثبت من أ.

لو كانت المرأة كتابية، أو كما لو أسلما أو كإسلام الزوج الصغير.

١٥٨٧ - [فَصْل: الفرقة في إسلام أحد الزوجين بدار الحرب]

وأما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب فإن الفرقة تقف على مضي ثلاث حيض، فإذا مضت وقعت الفرقة، وتجب العدة بعد مضيها على قول من يوجب العدة على امرأة الذمي؛ وذلك لأن عرض الإسلام يتعذر في دار الحرب، ولا يجوز أن تقع الفرقة بالإسلام؛ لأنه مصحح للعقود فلا تبطل ولا تقع بالكفر؛ لأن ابتداء العقود صح معه فلأن لا ينافي البقاء أولى، فاحتجنا إلى معنى طارئ يتعلق به الفرقة ليقوم مقام عرض الإسلام، وما ذلك إلا مضي مدة العدة، فإذا مضت صار كتفريق الحاكم، فإن كان الزوج في دار الحرب ثم خرجت إلينا فتمت(١) الحيض، وجبت العدة بعدها عند أبي يوسف ومحمد.

١٥٨٨ - [فَصْل: التفريق بين الزوجين إذا أبت المرأة الإسلام]

وإذا أبت المرأة الإسلام فرق القاضي [بينهما] وكانت فرقة بغير طلاق؛ لأنها فرقة بفعل المرأة، والمرأة لا تملك الطلاق، وأما إذا أسلمت المرأة وأبى الزوج؛ فرق القاضي بينهما، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ليس بطلاق.

وجه قولهما: أنها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طارئ على النكاح مختص به فصار كلفظ الطلاق.

وجه قول أبي يوسف: أنها فرقة يشترك (في سببها الرجل والمرأة)(٢) كفرقة

---

(١) في أ (فمضت).
(٢) العبارة في ب (الزوجان في سببها).




الرضاع، وهذا يبطل بالخلع.

١٥٨٩ـ [فَصْل: أثر الردة في الفُرقة]

وأما الردة: فعند أبي حنيفة وأبي يوسف أنها توجب فرقة بغير طلاق.

وقال محمد: (إذا ارتد الرجل فردته طلاق)[١]، أما أبو حنيفة فيقول: هذه الفرقة تتعلق بسبب غير مختص بالنكاح، ألا ترىٰ أن الأحكام المتعلقة بالردة يتعلق بها النكاح (وغيره)[٢]، والطلاق ما اختص بالنكاح، وليس كذلك الإباء؛ لأنه يتعلق بسبب مختص بالنكاح، ألا ترىٰ أن عرض الإسلام علىٰ الإنسان لإسلام غيره لا يكون إلا في النكاح.

وأما أبو يوسف فأصله: أن الطلاق فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج لا توجب تحريماً مؤبداً ولا تتعلق بالدين، وأما محمد فيقول: كل فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج [لا توجب] تحريماً مؤبداً فهي طلاق كقوله: أنت طالق.

١٥٩٠ـ [فَصْل: أثر الفُرْقة في بقاء النكاح]

والفرقة في هذا كله بائنة لأنا نوقع الفرقة [١٠٤/ب] حتىٰ لا يبقيا علىٰ النكاح الذي لا يجوز البقاء عليه، فلو لم تكن الفرقة [بائنة][٣] لبقيا علىٰ النكاح، وهذا لا يصح. والله ﷻ أعلم بالصواب، وإليه المآب.



(١) في (ردة الزوج طلاق).
(٢) في أ (وعدمه).
(٣) في ب (ثابتة) والمثبت من أ.

بَابُ
المهر الذي يجوز بين أهل الذمة

قال أبو الحسن: ما جاز بين المسلمين من المهر فهو جائز بين أهل الذمة، وهذا لما بينا أن أحكامنا تجري عليهم، فما جاز بيننا فهو بينهم أجوز، وما لا يجوز بين المسلمين لم يجز بينهم إلا الخمر والخنزير؛ وذلك لأنها مالٌ لهم فيجوز أن تكون مهراً في حقهم كالشاة والعصير في حق المسلمين، فإن [أسلما أو] أسلم أحدهما والمهر لم يقبض وهو بعينه، فعند أبي حنيفة ليس لها إلا العين، وقال أبو يوسف: مهر المثل، وقال محمد: القيمة.

وجه قول أبي حنيفة: أنها ملكت الخمر وتم ملكها فيها، بدلالة جواز تصرفها من جميع الجهات، والسبب الموجب لتسليمها [وهو النكاح] لا ينفسخ بالإسلام، فصارت كالخمر المغصوبة.

وجه قول أبي يوسف: أن الإسلام الطارئ على العقد على الخمر قبل القبض يصير كالموجود في الابتداء، أصله عقد البيع.

وجه قول محمد: أن التسمية فيها قد صحت وقد تعذر (القبض)[1] بالإسلام؛ لأن المسلم لا يجوز له أن يتمم الملك في الخمر بالقبض، وتعذُّر التسليم بعد صحة التسمية يوجب القيمة كهلاك المهر.

---

(١) في أ (التسليم).

١٥٩١- [فَصْل: القيمة في المهر إذا تعذر التسليم]

وأما إذا كان ذلك في الذمة فالقياس عند أبي حنيفة: أن تجب القيمة فيها وهو قول محمد وزفر؛ وذلك لأن التسمية صحت وتعذر التسليم، ألا ترىٰ أن في تسليم الخمر تمليكها بما في الذمة، والمسلم لا يجوز له [تمليك][1] الخمر ولا [تملكها][2]، فإذا تعذر التسليم وجبت القيمة كالهلاك، وإنما استحسن أبو حنيفة فقال: يجب في الخمر القيمة، وفي الخنزير مهر المثل؛ لأن الإسلام أوجب تغيير التسمية وقد كان الزوج مخيراً قبل الإسلام بين تسليم الخنزير وتسليم قيمته، علىٰ أصلنا فيمن تزوج علىٰ حيوان فلو أوجبنا القيمة بعد الإسلام لم تتغير التسمية [في الخنزير؛ لأن قيمته تحكي عينه] وهذا لا يصح.

وقال أبو يوسف: يجب مهر المثل فيهما؛ لأن الإسلام الطارئ علىٰ التسمية قبل القبض، كالموجود في الابتداء، أصله البيع.

١٥٩٢- [فَصْل: قبض المهر المحرم]

وإن كانت مقبوضة فلا شيء للمرأة؛ لأنه طرأ علىٰ العقد بعد القبض ما أوجب تحريم مثله، فصار كنزول تحريم الربا، لأن النبي ﷺ لم (يتعرض)[3] للمقبوضة منه، [لهذا المعنىٰ، كذلك هذا][4]. والله تعالىٰ أعلم.

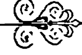


(١) في ب (تسليم) والمثبت من أ.

(٢) في ب (تمليكها) والمثبت من أ.

(٣) في أ (يعترض).

(٤) انظر: الأصل، ١٠/٢١٥ وما بعدها.

بَابُ
نكاح أهل الحرب



قال الشيخ رحمه الله: كل عقد إذا عقده الذمي كان فاسداً، إذا عقده الحربي كان فاسداً؛ لأن المعنىٰ [المفسد](١) في الذمي أن التحريم يستوي فيه الابتداء [والبقاء] وهذا المعنىٰ [١٠٨/ب] موجود في الحربي.

١٥٩٣ - [فَصْل: زواج الكافر بخمس نسوة أو بأختين ثم يسلم]

وأما إذا تزوج الكافر بخمس نسوة أو بأختين ثم أسلم، فإن كان تزوجهن في عقدة؛ فُرِق بينه وبينهن، وإن كان تزوجهن في عُقَدٍ صح نكاح الأول وبطل نكاح الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يختار أربعة منهن وواحدة من الأختين، سواء تزوجهن في عقدة، أو عُقَود استحساناً.

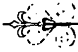
وجه قولهم: أنه تحريم من طريق الجمع فلا يخير فيه بعد الإسلام كالجمع بين الزوجين، ولأن كل اعتراض ثبت في النكاح لأجل الإسلام لم يخير فيه كنكاح ذوات المحارم، ولأنه عقد يعترض عليه لأجل الزيادة فيجب الاعتراض علىٰ جميعه كما لو باع درهمًا بدرهمين.

وأما محمد: فاستحسن لما رُوي (**أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة، فأمره رسول الله أن يختار منهن أربعاً**)(٢)، (**وقيس بن الحارث أسلم وتحته ثمان**

---

(١) في ب (المفيد) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك، ٢٠٩/٢؛ البيهقي في الكبرىٰ، ١٨١/٧؛ ابن أبي شيبة ١٦٢/٧.

نسوة، **فأمره رسول الله أن يختار منهن أربعاً)**[1]، (**وفيروز الديلمي أسلم وتحته أختان، فخيره رسول الله بينهما)**[2]، وهذا لا دلالة فيه؛ لأن العقد وقع في حال الإباحة، ألا ترىٰ أن في خبر غيلان أسلم وقد تزوج في الجاهلية، وقال مكحول: كان ذلك قبل نزول الفرائض وتحريم الجمع، ثبت بسورة النساء وهي مدنية، يبين ذلك ما روىٰ فيروز لما هاجر إلىٰ رسول الله ﷺ قال له: إن تحتي أختين، فقال: «**ارجع فطلق إحداهما**»، وهذا يدل علىٰ أن العقد وقع صحيحاً في الأصل.

١٥٩٤ـ [فَصْل: استرقاق الحربي بعد زواجه بأربع نسوة]

وعلىٰ هذا الخلاف إذا تزوج الحربي أربع نسوة ثم استرق، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يفرق بينه وبينهن؛ لأن التزويج وقع مع تحريم الأربع علىٰ العبد، وإذا فسد العقد لمعنىٰ مقارن لم يخير.

وعند محمد: يخير فيه، كما يخير (الحرّ)[3] في أربعة من نسائه.

١٥٩٥ـ [مَسْألة: الفُرقة في اختلاف الدارين]

وقد قال أصحابنا: إن اختلاف الدارين يوجب الفرقة، فإذا خرجت المرأة مسلمة وتركت زوجها كافراً (في دار الحرب)[4] بانت منه، وكذلك إذا خرج الزوج مسلماً وتركها كافرة في دار الحرب [بانت منه][5]، وقال الشافعي: لا تقع

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن، ٣/٢٧١؛ ابن أبي شيبة، ٧/١٦٢.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير، ١٨/٣٣٠.

(٣) في أ (الحربي).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٥) الزيادة من أ.

الفرقة باختلاف الدارين[1].

لنا: أنه لو غلب على بضعها غيرها مراغماً لزوجها زال ملك الزوج عنه، فكذلك إذا غلبت عليه وحازته كالرق، ألا ترى أن من غلب على عبد الحربي وأحرزه مراغماً لمولاه زال ملك المولى [منه، فإذا غلب العبد على رقه مراغمًا وحازه، زال ملك المولى][2].

١٥٩٦ - [فَصْل: العدة إذا خرجت الزوجة]

وإن كانت المرأة هي التي خرجت فلا عدة عليها، وقالا: عليها العدة، وقد قدمنا ذلك.

١٥٩٧ - [فَصْل: العدة إذا خرج الزوج]

وإن كان الزوج هو الذي خرج؛ فلا عدة على المرأة في قولهم؛ لأنها حربية في دار الحرب فلا تجري الأحكام عليها.

١٥٩٨ - [فَصْل: الفرقة إذا خرج أحدهما ذميًّا]

وإن خرج أحدهما ذمياً وقعت الفرقة؛ لأنه صار من [أهل دار الإسلام كالمسلم، ولو خرج بأمان لم تقع الفرقة؛ لأنه مبقًى على حكم دار الحرب] فصار كأنهما في دار الحرب.

١٥٩٩ - [فَصْل: الفُرْقة في وقوع السَّبْيِ على الزوجين أو أحدهما]

وإذا سُبِي الزوجان معاً لم تقع الفرقة، وقال الشافعي: تقع الفرقة.

---

(١) انظر: مختصر المزني ص ١٧٣.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

لنا: أنه لم يختلف بهما دين ولا دار فصارا كالمسلمين.

١٦٠٠ـ [فَصْل: سبي أحد الزوجين]

وإن سبي [١٠٥/أ] أحدهما بانت، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، نزلت في سبايا أوطاس لما امتنع المسلمون من وطء النساء لأجل أزواجهن.

١٦٠١ـ [فَصْل: العدة عل المسبية]

ولا عدة عليها لأن النبي ﷺ أوجب على المسبيّة الاستبراء.

١٦٠٢ـ [مَسْألة: حال وقوع البينونة في الردة]

وإذا ارتد أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما في الحال، وقال الشافعي: إن كانت [الردة] بعد الدخول لم تقع الفرقة إلا بمضي الحيض(١).

لنا: أنه زوال ملك متعلق بالردة فلا يتأجل، كزوال ملك المرتد عن دمه، ولا يلزم زوال ملكه عن ماله؛ لأنه لا يتأجل عند أبي حنيفة بل يزول في الحال، وإنما عوده مراعىً ولا يقال: إن المرتد يؤجل ثلاثة أيام يُعرض عليه الإسلام فيها؛ لأن ملكه عن دمه زال في الحال، وحكمنا بإباحته، وإنما يستحب [الإنظار](٢) في قتله.

١٦٠٣ـ [فَصْل: الفرقة في ارتداد الزوجين معاً]

وإذا ارتد الزوجان معاً لم تقع الفرقة بينهما، فإن أسلما كانا على نكاحهما

(١) انظر: المهذب ٤/١٨٩.

(٢) في ب (الاستظهار) والمثبت من أ.

استحساناً، والقياس: أن تقع الفرقة بردتهما، وهو قول زفر ووجهه: أن ردة أحدهما توجب البينونة فردتهما أولىٰ.

[وجه] الاستحسان: أن العرب ارتدوا بعد رسول الله ﷺ ثم أسلموا فلم يفرق الصِّدِّيق بينهم وبين نسائهم بحضرة الصحابة من غير خلاف.

ولا يقال: فمن أين أنهم ارتدوا معاً؛ لأن كل أمرين [حادثين] لا يعلم تاريخ ما بينهما يحكم بوقوعهما معاً كالغرقىٰ؛ ولأنه لم يختلف بهما دِينٌ ولا دار، والفرقة لأجل الدين تقع بالاختلاف فيه.

١٦٠٤ـ [فَصْل: الفرقة في حال انتقال الكتابي إلىٰ دين آخر]

وقد قال أصحابنا: إذا انتقل الكتابي من دِينٍ إلىٰ دِينٍ لم يعترض عليه.

وقال الشافعي: لا يُمَكَّن من البقاء علىٰ الدين الذي انتقل إليه، إلا أن يسلم أو يعود إلىٰ دينه، فإن لم يفعل حتىٰ مضت الحيض وقعت الفرقة، وصار كالمرتد[1].

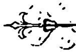
لنا: أنه تبديل دين لا يوجب زوال الملك، فلا يوجب الفرقة كإسلام الزوجين، ولأن النصراني إذا انتقل إلىٰ اليهودية فقد اعتقد التوحيد، فلو منعناه من ذلك وأقررناه علىٰ النصرانية إذا أظهرها؛ لكنا نلزمه ترك القول بالتوحيد واعتقاد التثليث وهذا لا يصح[2].

والله ﷻ أعلم بالصواب وإليه المآب.

---

(١) انظر: المهذب ٤/١٨٩.

(٢) انظر: الأصل، ١٠/٢٢٢ وما بعدها.




بَابْ
القَسْم



قال أبو الحسن: القسم بين النساء الحرائر سواء مسلمات كُنّ أو كتابيات، والأصل في وجوب التسوية في القسم: قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] وهذا يدل علىٰ وجوب العدل بين النساء في القَسم، وقد قال الشافعي في تأويل هذه الآية: ﴿أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾ قال: معناه: ([لا][١] تكثر عيالكم)[٢].

وهذا خطأ [١٠٩/ب] فاحش مخالف لأقوال الخلف والسلف؛ لأن السلف قالوا معناه: ألا تميلوا، وهو غلط في اللغة؛ لأنه لو كان المراد ما قاله لقال: ألا تعيلوا، وهذا خطأ في المعنىٰ؛ لأن المنع من تزويج ما زاد علىٰ الواحدة، لو كان لخوف العيال لم يبح ملك اليمين بغير عدد، ونفقة الإماء واجبة كنفقة الحرائر، فدل علىٰ أن المراد بالآية: الخوف من الميل في القَسم الذي يسقط اعتباره في الإماء؛ ويدل علىٰ وجوب التسوية في القَسم ما روت عائشة ﵂ قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل في القسم ويقول: «**اللهم هذا فيما أملك فلا تؤاخذني بما تملك ولا أملك**»[٣]، وروىٰ أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي من تفسير زيد بن أسلم، كما في التلخيص، ١٠/٤؛ وانظر تفسير الآية: تفسير ابن عطية، ص ٤٠٠، (دار ابن حزم).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٣٤)؛ والترمذي (١١٤٠)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٨٨٩١)؛ وابن ماجه=

كانت له امرأتان فمال إلىٰ إحداهما دون الأخرىٰ، جاء يوم القيامة وشقه مائل»[1].

١٦٠٥- [فَصْـل: القَسْم في الكتابية]

ويستوي في القسم المسلمة والكتابية؛ لأنهما لا يختلفان في أحكام النكاح، ولأنهما يستويان في السبب الذي أوجب القسم وهو النكاح، (ألا ترىٰ أن الذمية يجوز أن يتزوجها قبل المسلمة وبعدها ومعها، والأمَة والحرة لا يستويان في السبب الموجب للقسم؛ لأن الأمة لا يجوز أن يتزوجها بعد الحرة ولا معها فلم يتساويا في القسم)[2].

١٦٠٦- [فَصْـل: القَسْم في الحرة والأمة]

قال: وللحرة يومان وللأمة يوم، لما روي عن علي عليه السلام أنه قال: للحرة الثلثان من القسم وللأمَة الثلث، فإذا سافر فلا قسم عليه، وذلك لأن الرجل لا يلزمه استصحاب المرأة في سفره، (فلا يجب القسم)[3] لها، والذي روي (أن رسول الله ﷺ كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه)[4]، [إنما كان يفعل يطيّب] قلوبهن حتىٰ لا يظن به الميل إلىٰ أحداهن، وإذا لم يثبت للنساء حق [السفر] لم

= (١٩٧١)، وغيرهم.

(١) أخرجه أبو داود (٢١٣٣) مرفوعًا، وقال ابن حجر: «وأصحاب السنن والبزار... ورجاله ثقات، وصححه ابن حبان والحاكم، إلا أن البخاري صوّب أنه من رواية عماد مرسلاً»، الدراية، ٢/٦٦.

(٢) العبارة في أ مختلفة: (ألا ترىٰ أن الذمي يجمع بين أربع كالحر المسلم، ولما كانت الحرة والأمة لا يستويان في السبب الموجب للقسم؛ لأن العبد لا يتزوّج أكثر من اثنتين، لم يتساويا في القَسْم).

(٣) في أ (فلا قسم لها).

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٥٣)؛ ومسلم (٢٧٧٠).

يقسم لمن لم يسافر بها.

وقال الشافعي: إن سافر بغير قرعة (قسم للتي لم يسافر بهن)(١)، وهذا غلط؛ لأن من ثبت حقها في القسم لم يختلف في القرعة وغيرها كحال الإقامة، (والصحيح والمريض في ذلك سواء)(٢)؛ (لأن النبي ﷺ استأذن نساءه في مرض موته أن يكون في بيت عائشة رضي الله عنها)(٣)، فدل على ثبوت حقهن.

والبكر والثيب في القسم سواء، وكذلك المنكوحة ابتداءً وغيرها؛ لأنهن يتساوين في حقٍ حال البقاء فتساوين في حال الابتداء، كما لو تزوجهن في عقد واحد وهن أبكار، فإن اصطلح النساء في ذلك على شيء جاز، وإن رضيت امرأة بترك قسمتها جاز، لما روي (أن سودة بنت زمعة لما أَسنَّتْ وفَرِقَت أن يفارقها ﷺ جعلت يومها لعائشة)(٤) فنزلت ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ [النساء: ١٢٨]، فإن رجعت بعد ذلك وطلبت القَسْمَ فلها ذلك، لأنها أسقطت [١١٠/ب] حقاً لم يجب فلم يسقط بإسقاطها، كالديون التي لم تجب. وبالله التوفيق اهـ(٥).

[آخر كتاب النكاح. ولله الحمد والمنَّة، والصلاة والسلام على رسوله](٦).

---

(١) قسم للباقيات.
وانظر: المنهاج ص٤٠٥.

(٢) في أ (والمريض في القسم كالصحيح).

(٣) أخرجه ابن ماجه (١٦١٨).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٦٣)؛ والبخاري نحوه (٢٤٥٣)؛ وباللفظ أخرجه أبو داود والترمذي، كما ذكر ابن حجر في التلخيص، ٣/٢٠٣.

(٥) انظر: الأصل ١٠/٣٥٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٤٣٩ وما بعدها.

(٦) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

[٣٩] كتاب الطلاق

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الطلاق في اللغة: عبارة عن إزالة [اليد](١)، هو مأخوذ من الإطلاق، يقول: أطلقت إبلي وأسيري وطلقت امرأتي، فالجميع باب واحد، وإنما فصلوا بين اللفظين لاختلاف المعنيين، فقالوا في المرأة طلاق، وفي غيرها إطلاق، وهذا كقولهم حَصان وحِصان وكلاهما مأخوذ من المنع إلا أنهما قالوا حِصَان في الفرس، وحَصَان في المرأة، وكذلك عَدل وعِدل كلاهما من المعَادلة إلا أنهم خصوا أحد الاسمين بالآدمي والآخر بما سواه.

والطلاق في الشرع: عبارة عن المعنىٰ الموضوع لحَلِّ النكاح، والدليل علىٰ وقوعه قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [وقوله ﷻ]: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ وقال ﷺ: (**كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي**)(٢)، ولأن الاستباحة ملك للزوج ولا حق لأحدٍ فيه، والمالك الصحيح القول يملك إزالة ملكه كسائر (أملاكه)(٣).

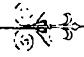
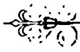
وقد قال أصحابنا: إن الطلاق موضوع لحل عقد النكاح، فزوال الملك يعقبه إذا كان طلاقاً قبل الدخول أو بائناً، وإن كان [طلاقًا] رجعياً وقف علىٰ

---

(١) في ب (البدن) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه الترمذي مرفوعًا فقط، (١١٩١)؛ وأخرجه عن علي عبد الرزاق في مصنفه ٤٠٩/٦؛ وابن أبي شيبة ٧٢/٤؛ والبيهقي في معرفة السنن ٤٩٨/٥، وجميعهم بلفظ المعتوه فقط.

(٣) في أ (الأملاك).

انقضاء العدة، والدليل على ذلك: ما قالوا فيمن قال لامرأته قبل الدخول: يا زانية أنت طالق، إنه لا حَدَّ عليه ولا لِعَان، ومعلوم أن اللِعَان يسقط بزوال الملك، فلو كان قوله: أنت طالق لا يُزيل الملك لوجب عليه الحد؛ لأن اللعَان متى تعذر بفعل الزوج انتقل حداً مثل تكذيبه نفسه، فلما لم يجب الحد، دَل على أن زوال الملك يكون عقيب انحلال النكاح (بالطلاق حكماً)[1]، واللعَان متى سقط من طريق الحكم لم يجب الحد.

قال: والطلاق على ضربين: طلاق سُنَّةٍ، وطلاق بِدْعَةٍ، ثم السنة على ضربين: سنة في العَدَدِ، وسنة في الوَقْتِ، فالسنة في العدد: يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها، والسنة في الوقت: يختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها.

فأما السنة في العدد فقال أصحابنا: أحسن الطلاق أن يطلق الرجل امرأته واحدةً في طُهرٍ لم يجامعها فيه، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها.

والأصل في ذلك: ما روى بشر بن الوليد قال: أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة الضبي عن إبراهيم النخعي (أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يستحبون أن لا يُطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي العدة). وفي خبر آخر: (فكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل [المرأة] ثلاثاً في ثلاثة أطهار)؛ ولأن هذا الطلاق أبعد من الندم، وكلما بَعُدَ الطلاق [١٠٥/ب] من الندم كان أولى.

فأما طلاق السنة: فهو أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، وقال مالك: لا أعرف

(١) ما بين القوسين سقطت من أ.

طلاق السنة إلا أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتىٰ تنقضي عدتها[1]، والدليل علىٰ ما قلناه: قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وفي حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال له: «**ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالاً، فتطلقها لكل طُهرٍ تطليقة**»[2]، وإنما قلنا إن هذه السنة يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها، لقوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١][3] وروي عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر أن المراد: لقُبُل عدتهن، فالآية عامة.

وأما السنة في الوقت: فأن يطلقها طاهراً من غير جماع، أو حاملاً قد استبان حملها؛ والأصل في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ روي عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وجماعة من التابعين: طاهراً من غير جماع؛ وروي أن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض، فقال ﷺ: «**ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر، إنما أمرك أن تستقبل الطُّهر استقبالاً، فتطلقها لكل قُرءٍ تطليقة**»[4]، وروي أنه قال لعمر: «**مُرْه فليراجعها، فإذا طهرت فيطلقها إن شاء طاهراً من غير جماع أو حاملاً قد استبان حملها**»[5]، فتلك العدة التي أمر الله تعالىٰ أن تُطلق لها النساء،

---

(١) وهذا ما يعرف لدىٰ الحنفية بأنه (أحسن الطلاق)، ومن ثم لا خلاف بين الإطلاقين. انظر: القدوري ص٣٦١؛ المعونة ٢/٨٣٤.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٧/٣٣٠؛ والدارقطني، ٤/٣١؛ وأورده ابن حجر في التلخيص، ٣/٢٣٢.

(٣) انظر: المحرر الوجيز ص١٨٦٦.

(٤) أخرجه الدارقطني، والطبراني في المعجم كما ذكر الزيلعي في نصب الراية، ٣/٢٢٠؛ والحافظ في الدراية، ٢/٦٩.

(٥) أخرجه البخاري (٤٩٥٣، ٤٩٥٤)؛ ومسلم (١٤٧١).

وإنما قلنا إن هذه السنة تختلف فيما بين المدخول بها وغير المدخول بها، فيجوز أن يطلق من لم يدخل بها في حال الحيض؛ لأن المانع من إيقاع الطلاق في حال الحيض، أنه يؤدي إلىٰ تطويل العدة؛ لأن الحيضة التي يوقع فيها الطلاق لا تحتسب بها، وهذا المعنىٰ لا يوجد قبل الدخول؛ لأنه لا عدة عليها، وأما كونها طاهراً من غير جماع فلا يُتصور في غير المدخول بها.

وقد قال أصحابنا: إن إيقاع الطلاق مجتمعاً بدعة، وقال الشافعي: لا أعرف في عدد الطلاق سُنة ولا بدعة وإنما هو مباح[١].

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ وهذا أمر بالتفريق، وروي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه (أنه كان لا يؤتىٰ برجل طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً)، وأجاز ذلك عليه؛ ولأنه سبب لتحريم البضع بفعله من غير حاجة فصار كالمظاهر.

وقد قال أصحابنا: إن من طلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة، أو طلقها (واحدة)[٢] في حال الحيض أو بعد الجماع فإن ذلك يقع ويكون بدعة.

ومن الناس من قال: لا يقع، والدليل علىٰ ما قلناه: ما روي أن ابن عمر قال للنبي ﷺ: أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكانت تحل لي، فقال: «**لا، ويكون معصية**»[٣]، وروي عن عبادة بن الصامت أن بعض آبائه طلق امرأته [١٠٦/أ] ألفاً،

---

(١) انظر: مختصر المزني ص١٩١؛ المنهاج ص٤٢٢.

(٢) (واحدة) ساقطة من أ.

(٣) أورده ابن القيم في زاد المعاد، وقال: «وأما حديث عبد الله بن عمر، فأصله صحيح بلا شك، لكن هذه الزيادة والوصلة التي فيه (...) إنما جاءت من رواية شعيب بن زريق، وهو الشامي، وبعضهم يقبله، فيقول: زريق بن شعيب، وكيفما كان فهو ضعيف، ولو صحَّ لم يكن فيه». ٢٦٢/٥.

فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «**بانت [منك]**[١] **بالثلاث في معصية، وتسع مائة وسبعة وتسعون فيما لا تملك**»[٢]، (وروي عن عمر بن الخطاب أنه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضربا وأجاز ذلك عليه)[٣]، (وعن ابن عباس أنه قال: إن أحدكم يركب الأحموقة فيطلق امرأته ألفاً، ثم يأتيني فيقول: يا ابن عباس، [يا ابن عباس!]، بانت منك امرأتك وعصيت ربك).

ولأن النهي عن إيقاع طلاق البدعة لمعنى في غير المنهي عنه؛ لأنه منع من إيقاع الطلاق الثلاث حتى لا يندم فلا يقدر على مراجعتها، وكذلك الطلاق عقيب الجماع؛ لأنها يجوز أن تحمل من الجماع فيندم، ومنع من إيقاع الطلاق في حال الحيض لتطويل العدة، والنهي إذا كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يفيد الفساد كالبيع عند أذان الجمعة، ولأن الله تعالى لما نهى عن طلاق البدعة دلّ ذلك على وقوعه، ألا ترى أن النهي عما لا يُتصور وجوده لا يصحُّ، وإنما فائدة النهي تحريم المنهي عنه وحظره؛ وقولهم: إن الله تعالى جعل لنا الطلاق على وجهٍ مباح، فإذا طلقت على غيره لم يقع، كمن وكَّل رجلاً بطلاق امرأته للسنة فطلقها للبدعة لم يقع.

فالجواب: أن الله تعالى ملكنا الطلاق وأمرنا أن نتصرف فيه على وجه، فإذا تصرفنا على غير ذلك الوجه لم يمنع وقوع التصرف وإن كان محظوراً، ووزانه

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) لم أعثر على حديث مرفوع بحسب علمي، وما روي من نحو هذا الحديث، روي من قول ابن عباس، كما روى البيهقي في الكبرى (عن ابن عباس في رجل طلق امرأته ألفًا، قال: أما ثلاث فتحرم عليك، وبقيتهن عليك وزر، اتخذت آيات الله هزواً). ٣٣٢/٧؛ والدارقطني في السنن ١٢/٤، وأخرج البيهقي في الصغرى نحوها عن علي رضي الله عنه ٣٣٢/٦.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ٦٢/٤.



من الوكيل أن يملكه طلاق امرأته ويقول له: طلقها لسُنَّةٍ، فإن طلقها للبدعة وقع.

١٦٠٧- [فَصْل: طلاق المدخول بها التي لم تَحِضْ]

وإذا كانت المرأة مدخولاً بها لم تحض طلَّقَها أيّ وقت شاء، وإن كان قد طلق عقيب الجماع وكذلك الحامل.

وقال زفر: يفصل بين طلاق الآيسة والصغيرة وبين جماعها بشهر.

لنا: أن المنع من الطلاق عقيب الجماع لا يأمن أن تكون حملت فيندم، وهذا المعنىٰ لا يوجد في الآيسة والصغيرة، ولأن العلم ببراءة رَحِمها بعد الجماع أكثر من العلم ببراءة رحم الكبيرة بعد الحيضة، فإذا جاز إيقاع الطلاق عقيب الحيضة، فلأن يجوز هاهنا ابتداءً أولىٰ.

وجه قول زفر: أن الشهر أقيم مقام الحيضة فيمن لا تحيض (...)[1]، فإذا وجب الفصل بين الوطء والطلاق فيمن تحيض بحيضة وجب الفصل فيمن لا تحيض بشهر، كالفصل بين التطليقتين.

١٦٠٨- [فَصْل: طلاق الصغيرة ثم أراد تطليقها للسنة]

وإذا طلق الصغيرة والآيسة تطليقة ثم أراد أن يطلقها أخرىٰ للسُّنَّة؛ فصل بين تطليقَتَيْهَا بشهر؛ وذلك لأن الشهر أقيم مقام الحيضة فيها بدلالة انقضاء العدة به، فإذا وجب الفصل بين التطليقتين[2] بالحيض فيمن تحيض؛ [١٠٦/ب] وجب

---

(١) هنا عبارة (فإذا وجب الفصل فيمن لا تحيض) زائدة في ب فقط، والظاهر أنها أقحمت؛ إذ العبارة تضطرب وتتكرر بوجودها، وتستقيم برفعها.

(٢) في أ (التطليقات).

الفصل فيمن لا تحيض بالشهور.

وقد قال أصحابنا: إن الشهر فيمن لا تحيض أقيم مقام حيضة [وطهر]؛ لأن العدة تنقضي بهما، ومن أصحابنا (من أقامه مقام حيضة)[1]؛ لأن انقضاء العدة يقع بالحيض ويقع بالشهر.

وفي مسألتنا يدل على أنه قائم مقام ما تنقضي به العدة، فإنما تتخلل العدة في ذوات الأقراء الأطهار؛ لأنه لا يمكن وجود الحيض (إلا بأطهار)[2] تتخللها، ويمكن وجود العدة بالشهور من غير أن يتخللها معنى آخر.

١٦٠٩ - [فَصْل: طلاق الحامل للسُّنّة]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أراد أن يطلق الحامل للسنة ثلاثاً فصل بين كل تطليقتين بشهر، وقال محمد وزفر: لا يطلقها للسُّنَّة إلا واحدة.

لهما: إن عِدَّتها طُهر واحد كالصغيرة، ولأنها على صفة لا يصح منها ابتداء الحمل كالآيسة والصغيرة.

وجه قول زفر: أن الفصل بين التطليقات يقع فيما تنقضي به [العدة]، وطُهر الحامل لا تنقضي به العدة، فلا يقع به الفصل.

وقد ناقضهما أصحابنا بمن قال لامرأته الصغيرة: أنت (طالق ثلاثاً للسُّنَّة)[3]، فوقعت عليها تطليقتان في شهرين ثم حاضت، فإن الفصل بين التطلِيْقَتَين للسنة قد

(١) في أ (أن الشهر أقيم مقام الحيضة).

(٢) في أ (إلا بوجود أطهار).

(٣) في أ (طالق للسنة).

وقع بزمان لم تنقض به العدة.

١٦١٠ - [فَصْل: تساوي النساء في محل الطلاق والمنع من جمعه]

[قال]: والحرة والمسلمة والأَمَة [و] الكتابية في ذلك سواء، يعني في محل الطلاق والمنع من جمعه، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ولم يُفصل؛ ولأن المنع من جمع الطلاق لخشية الندم، وهذا المعنى موجود في الأَمَة [و] الكتابية.

١٦١١ - [فَصْل: طلاق الأمة وعِدَّتِها]

[قال]: وطلاق الأَمَة تطليقتان وعدتها حيضتان، وقال الشافعي: العدة بالنساء والطلاق بالرجال(١).

لنا: حديث عائشة وابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**طلاق الأَمَة تطليقتان وعدتها حيضتان**»(٢)، ولأن الزوج الحرّ لو ملك من امرأته [الأمة] ثلاث تطليقات لملك تفريقهن [في أوقات السنة، كالحرِّ مع امرأته الحرة، فلما لم يملك تفريقهنّ]، دلّ على أنه لا يملكهن.

وأما العدة: إن كانت الأَمَة ممن تحيض فعدتها حيضتان للخبر الذي ذكرناه؛ ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر بنفسه، [فكان للرق تأثير فيه كالقسم، ولا يلزم أجل العِنِّين؛ لأنه لا يتقدر بنفسه]، وإنما يتقدر بتقدير الحاكم، فإن

---

(١) انظر: المهذب ٤/٢٨١؛ رحمة الأمة ص١٨٨.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، وبلفظ (وقرؤها) أيضًا؛ والترمذي (١١٨٢)؛ وابن ماجه (٢٠٧٩)؛ وغيرهم من أصحاب السنن.

كانت ممن لا تحيض فعدتها شهر ونصف.

وقال مالك: عدتها بالحيض حيضتان، وبالشهور ثلاثة أشهر[1].

لنا: ما روي عن عمر أنه قال في عدة الأمَة بالشهور: شهر ونصف، وبالحيض: حيضتان، ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصف، ولأنها عدة فأثر الرق في نقصانها كالعدة بالحيض.

١٦١٢ـ [فَصْل: طلاق المرأة التي تحيض ثلاثاً للسُّنَّة]

قال: وإذا طلق الرجل المرأة الحرّة ثلاثاً للسنة وهي ممن تحيض؛ بقي عليها من عدتها حيضة؛ وذلك لأنه طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار ومضت حيضتان، وانقضاء العدة يكون بالحيض عندنا، فبقي عليها حيضة، وإن كانت بالشهور بقي عليها شهر واحد؛ لأنه طلقها التطليقة الثالثة في أول الشهر الثالث، وانقضاء العدة موقوف على (انقضاء)[2] [١٠٧/أ] جميعه، وأما إن كانت أمَة فطلقها تطليقتين بقي عليها حيضةٌ واحدة، وإن كانت [ممن] لا تحيض بقي عليها نصف شهر؛ لأنه أوقع التطليقة الثانية في ابتداء الشهر الثاني، والعدة تنقضي بمضي نصفه.

١٦١٣ـ [فَصْل: عدة الحامل المطلقة أو المتوفى عنها زوجها]

قال: وعدة الحامل أن تضع حملها، وتستوي في ذلك المطلقة والمتوفى عنها زوجها، وقال علي [رضي الله عنه] في المطلقة مثل قولنا، وفي المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين.

---

(١) انظر: الموطأ (١٢٣٦)؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٢٦٢.

(٢) في أ (مضي).

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وهو[1] عام، لما روي أن سبيعة بنت الحارث الأسلمية مات عنها زوجها فوضعت حملها، وسألت أبا السنابل بن بعكك: هل يجوز لها أن تتزوج؟ فقال: لا، حتىٰ يبلغ الكتاب[2] أجله، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «**كذب أبو السنابل ابتغي الأزواج**»[3]، ولأن المقصود في العدة في ذوات الأقراء العلم ببراءة الرحم، وهذا المعنىٰ (موجود في وضع الحمل)[4] أكثر منه في مضي المدة، (فانقضاء العدة به أولىٰ)[5].

وأما عَلِيّ فجمع بين الاثنتين وهذا لا يصحُّ؛ لأن مسروقاً روىٰ عن [عبد الله][6] ابن مسعود أنه قال: مَنْ شاء باهَلْتُه أن آية النساء القُصْرىٰ نزلت بعد آية النساء الطُّولىٰ [أربعة أشهر وعشراً][7]، وإذا تأخرت هذه الآية أوجبت خصوص تلك الآية.

١٦١٤ - [فَصْل: الطلقة الثانية في المراجعة في طهر واحد]

وإذا طلق الرجل امرأته واحدة ثم راجعها في ذلك الطُهر [بالقول] فله أن

---

(١) في أ (وهذا).

(٢) في أ (إنما أجلك أربعة أشهر).

(٣) أورده الهيثمي في المجمع، وقال: «رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح» ٣/٥؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٤٢٩/٧، وسعيد بن منصور في سننه ٣٩٤/١.

(٤) في أ (يقع بوضع الحمل).

(٥) في أ (فوجب أن تنقضي به العدة).

(٦) في أ فقط.

(٧) في ب (فذكر التاريخ)، والمثبت من أ، وصرّح بذلك في بعض الروايات، وحديث ابن مسعود أخرجه أبو داود (٢٣٠٧) بلفظ: (من شاء لاعنته)؛ والنسائي (في المجتبىٰ) (٣٥٢٢)؛ وبذكر الآيات عند عبد الرزاق في مصنفه ٤٧١/٦، وغيرهم.




يطلقها [أخرىٰ] في ذلك الطُهر في قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف: لا [يطلقها]، وهو قول الحسن بن زياد، وعن محمد روايتان.

لهما: أنه لما راجعها بطل حكم الطلاق (فصار كما لو كانت في طُهر لم يجامعها فيه)[1]، فيجوز له أن يطلقها، ولأنها عادت إلىٰ الحالة الأولىٰ بسبب من جهته، فصار كما لو أبانها (في طُهر لم يجامعها فيه)[2] ثم تزوجها، [وعلىٰ هذا قالوا: إذا راجعها بالقبلة واللمس] فيجوز له أن يطلقها تطليقة أخرىٰ لما ذكرنا، وليس كذلك إذا راجعها بالجماع؛ لأن حكم الطلاق يبطل فيصير كطهر مبتدأ جامعها فيه، فلا يجوز [له] أن يطلقها.

لأبي يوسف أنه طُهر واحدٌ فلا يجوز أن يوقع فيه طلاقين في نكاح واحد كما لو لم يراجعها، وعلىٰ هذا الخلاف قالوا: إذا (لمس)[3] الرجل امرأته لشهوة وقال لها: أنتِ طالق ثلاثاً للسنة، وقع عليها ثلاث تطليقات في الحال إذا كانت في طُهر لم يجامعها فيه؛ لأن التطليقة الأولىٰ تقع ويصير مراجعاً بالإمساك، ثم تقع التطليقة الأخرىٰ علىٰ أصل أبي حنيفة وزفر ويصير مراجعاً فتقع [الثالثة][4].

وعلىٰ قول[5] أبي يوسف لا تقع إلا واحدةٌ، قال: فإن طلقها ثم راجعها بالجماع فحملت منه؛ جاز له أن يطلق أخرىٰ في قول أبي حنيفة وزفر ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يطلقها.

---

(١) (فصار كطهر لم يطلقها فيه) في أ.
(٢) في أ (في الطهر).
(٣) في أ (أمسك).
(٤) في ب (الثلاث) والمثبت من أ.
(٥) في أ (أصل).




وجه قولهم: أن الرجعة أبطلت حكم الطلاق، وإنما كان لا يجوز له أن يطلقها أخرىٰ عقيب الجماع لجواز أن تكون حبلت فيندم، فإذا علم بالحمل فطلق فقد أمن الندم، فجاز طلاقه كما لو لم يكن طلقها في هذا الطُهر، ولكنه جامعها فيه [١٠٧/ب] فحبلت، وعلىٰ قول أبي يوسف: أنه طُهرٌ واحدٌ فلا يوقع فيه تطليقتين، (كما قال في المسألة الأولىٰ)[١].

١٦١٥ـ [فَصۡل: الطلقة الثانية للصغيرة إذا حاضت وطهرت بعد الأولىٰ وقبل مضي الشهر]

إذا طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر، فله أن يطلقها أخرىٰ في قولهم؛ لأن الشهر وضع للفصل بين التطليقتين بدلاً عن الحيضة، فإذا وجد الحيض سقط حكم بدله [مع القدرة عليه]؛ (لأن البدل لا يتعلق به حكم مع وجود مبدله)[٢]، وأما إذا طلقها وهي حائض ثم أيست، فله أن يطلقها أخرىٰ حين تيأس في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يطلقها حتىٰ يمضي شهر، وهذا إنما يتصور علىٰ [هذه] الرواية التي يقول فيها أن للإياس حدًا مقدرًا، فروي عنهم خمسين سنة، وروي ستين سنة، فإذا (مضت)[٣] المدة بعد التطليقة جاز أن يطلقها أخرىٰ؛ لأن انتقال حالها من العدة بالحيض إلىٰ العدة بالشهور يفصل بين التطليقتين كانتقالها من الشهور إلىٰ الحيض.

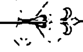
فأما علىٰ قول أبي يوسف: فهو طهرٌ واحد فلا يقع فيه أكثر من تطليقة، فأما

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (تمت).

في الرواية التي لم يقدر للإياس قدرًا وإنما علقه بالعادة، فلا يتصور هذا النوع[1].

وقد قال أصحابنا: إذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض فالأفضل أن يراجعها، لما روي أن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض، فأمره النبي ﷺ أن يراجعها، ولأنه إذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة، فتبين منه بطلاق غير محظور، وإذا تركها بانت بطلاق محظور؛ فلهذا كانت الرجعة أولىٰ، فإذا راجعها ثم أراد طلاقها فقد ذكر في الأصل أنها إذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها إن شاء، وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة.

قال أبو الحسن: ما ذكره الطحاوي قول أبو حنيفة، (وما في الأصل قولهما)[2].

لأبي حنيفة: أنه طُهرٌ لم يجامعها فيه ولم يوقع فيه طلاقاً، فجاز أن يطلقها فيه كالطهر الثاني.

وجه ما ذكره في الأصل: ما روي أن النبي ﷺ قال لعمر (مُرْهُ فليراجعها، فإذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت فإن شاء [أمسكها وإن شاء] طلقها)[3]؛ ولأن الطلاق الموقع في الحيض كالموقع في الطهر الذي بعده بدلالة أن تلك الحيضة لا يعتد بها، ولو طلق في الطهر لم يجز أن يطلق أخرىٰ، وكذلك إذا طلق في الحيض ثم طهرت. أهـ[4].

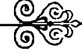
---

(١) في أ (الفرع).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) انظر: الأصل ٤/٣٩٠ وما بعدها؛ وشرح مختصر الطحاوي ٥/٥ وما بعدها. والحديث أخرجه البخاري (٤٩٥٤)؛ ومسلم (١٤٧١) في عدة روايات.




بَابُ
اللفظ الذي يقع به طلاق السنة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لامرأته وهي مدخولٌ بها ممن تحيض: أنت طالق للسُّنَّة، وقعت [التطليقة][1] إن كانت طاهراً من غير جماع، وإن كانت حائضاً أو في طُهرٍ [قد] جامعها فيه لم تقع السّاعة، فإذا حاضت وطهرت وقعت لها تطليقة، وإن قال لها: أنت طالق ثنتين للسُّنَّة أو ثلاثاً للسُّنَّة، وقع على الشرط الذي بيّنّا حتى يستوفي العدد؛ وذلك لأن اللام في قوله: للسُّنَّة كناية عن أوقات السُّنَّة، فكأنه قال: أنت طالق في أوقات السُّنَّة، فيقع عليها في الأطهار التي لم يجامعها فيها.

قال بشر عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته: [١١٣/ب] أنت طالق طلاق السُّنَّة، ولا نية له، أو طلاق العدة أو طلاق العدل، أو طلاق الدين، أو طلاق الإسلام، فهذا كله للسُّنَّة، وكذلك لو قال: طلاقاً عدلاً، أو طلاق سُنَّة، أو طلاق عدة، أو سُنّيّة أو عدلة أو عدلية، فهذا كله للسنة يقع إذا كانت المرأة طاهراً من غير جماع، أو حاملاً قد استبان حملها، وقد ذكر بشر عن أبي يوسف هذا النوع على أقسام:

فذكر القسم الأول: منها ما يحمل على أوقات من غير نية، وهو أن يقول: للسُّنَّة أو للعدة أو طلاق العدل أو [طلاق] الدين أو الإسلام، أو طلاقاً عدلاً أو طلاق سُنّة أو طلاق عدة، أو أحسن الطلاق، أو أجمل الطلاق، أو طلاق الحق،

---

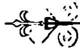
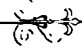
(١) في ب (تطليقة) والمثبت من أ.

أو طلاق القرآن، أو طلاق الكتاب، أو أنت [طالق] للسُّنَّة أو في السُّنَّة أو بالسُّنَّة أو مع السُّنَّة أو عند السُّنَّة أو على السُّنَّة؛ وذلك لأن طلاق السُّنَّة والعدل والدين والإسلام، هو ما اقتضاه الدين والسُّنَّة، وذلك لا يكون إلا في المأمور به، وإذا قال: طلاقاً عدلاً أو طلاق سُنَّة، فقد جعل هذا صفةً للطلاق، وإذا قال: أحسن الطلاق أو أجمل الطلاق، فلفظة أفعل تستعمل للمبالغة، وذلك لا يكون إلا في المأمور به.

فأما النوع الثاني فقال: إذا قال: أنت طالق في كتاب الله، أو بكتاب الله، أو مع كتاب الله، فإن نوى به طلاق السُّنَّة وقع في أوقاتها، وإن لم ينوِ وقع في الحال؛ لأن كتاب الله تعالى دلّ على وقوع الطلاق للسُّنَّة وللبدعة، فلما احتمل كلامه الأمرين وقف على نيته.

والثالث: إذا قال: أنت طالق على الكتاب أو بالكتاب، أو قال: على قول القُضاة، أو على قول الفقهاء، أو طلاق القضاة أو طلاق الفقهاء، فإن نوى بذلك السُّنَّة وقع فيما بينه وبين الله تعالى في أوقاتها، ووقع في القضاة [الطلاق] في الحال؛ لأن قول القضاة يقتضي وقوع الطلاق على كل واحدٍ من الأمرين، فإذا خصّص عموم لفظه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يصدق في القضاء؛ لأنه غير الظاهر، وأما إذا قال: أنت طالق عدلة أو عدلية، أو سُنّة أو سُنّية؛ وقع عند أبي يوسف للسُّنَّة، وإن قال: حسنة أو جميلة، وقع في الحال.

وقال محمد في الجامع الكبير: إذا قال: تطليقة سُنّيَّة أو عادلية أو حسنة أو جميلة؛ فالطلاق واقع عليها في الحال، فاعتبر أبو يوسف ما كان في الغالب من صفات الطلاق كالعدلية والسنية، فجعله صفة للطلاق فلم يقع إلا على تلك

الصفة، فأما حسنة وجميلة فهو من صفات المرأة، فلم [يجعلها][1] صفة للطلاق بالشك.

فأما محمد فقال في هذه الصفات [عدلية أو سنية]: لما جاز أن يوصف بها المرأة، وجاز أن يوصف بها الطلاق لم يجعلها صفة للطلاق، [فلا يتأخر][2] إيقاعه من غير [يقين][3]، فأوقع [الطلاق] في الحال[4].



(١) في ب (يجعل) والمثبت من أ.
(٢) في أ (فيتأخر).
(٣) في أ (تعيين).
(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/١٦ وما بعدها.

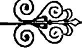
بَابُ
ما يقع من ذلك مجتمعاً أو متفرقاً بالنِّيَّة



قال أبو الحسن: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً للسُّنَّة، فإن نوىٰ أن يقعن ساعة تكلم وقعن، وقال زفر: نيته باطلة.

لنا: أن قوله للسُّنَّة كناية عن أوقات السُّنَّة، والكنايات تنصرف بالنية من وجه إلىٰ وجه كسائر الكنايات؛ ولأن وقوع الطلاق المجتمع سُنَّة عند بعض الفقهاء، فيجوز أن يكون أراد ذلك، [ويجوز أن يريد بذلك جواز الوقوع خلاف الروافض]؛ ولأن الاقتصار علىٰ ثلاث تطليقات سُنَّة؛ لأن الجاهلية كانت تطلق عدد نجوم السماء، وتطلق ألف تطليقة، فجاءت الشريعة بالاقتصار علىٰ ثلاث تطليقات، فإذا نوىٰ ما يحتمله كلامه حمل عليه.

وجه قول زفر: أن إطلاق قوله للسُّنَّة يقتضي وقوع التطليقات في الأطهار، فكأنه قال: أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أطهار ونوىٰ وقوعهن معاً فلا يتعلق بنيته حكم، ولو قال: أنت طالق للسُّنَّة ونوىٰ ثلاثاً، كانت ثلاثاً في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن اللام كناية عن أوقات السُّنَّة، فكأنه قال لها: أنتِ طالق للشهور أو للحيض، ونوىٰ ثلاثاً فيكون ثلاثاً؛ لأنه أضاف الطلاق إلىٰ ما له عدد، فإن أراد واحدة بائنة لم تكن بائنة، وذلك لأن صريح الطلاق لا يصير بائناً إلا بلفظ [يقتضيه، والسُّنَّة لا] تقتضي وقوع البينونة، وإنما [تمنعها] فلم يجز أن تصير بائنة بلفظ يضاد البينونة.

وقال ابن سماعة عن محمد: إن أراد ثنتين لم يكن ثنتين ؛ وذلك لأن أوقات السُّنَّة هي ثلاثة أطهار ، فإذا قال: أنت طالق للسُّنَّة ، فإما أن يحمل كلامه على أول وقت السُّنَّة فيقع واحدة أو ينوي أوقات السُّنَّة فيقع ثلاثاً فأما الثنتين فليست بمقتضى إطلاق اللفظ ولا بمقتضى أوقات السُّنَّة ، فلم يقع .

وقال محمد: ولو أراد بقوله طالق واحدة ، وبقوله: للسُّنَّة أخرى لم يقع ؛ لأن رجلاً لو قال لامرأته: أنت للسُّنَّة ، وأراد الطلاق لم يقع ، فكذلك إذا نوى به لا يقع .

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال: أنت طالق للبدعة ونوى ثلاثاً فهي ثلاث لما بيّنا أن إيقاع الثلاث المجتمعة بدعة ، فإذا نوى مقتضى لفظه وقع .

وروى هشام عن محمد: أنها واحدة يملك الرجعة ؛ وذلك لأن البدعة لم يجعل لها وقت بالشرع ، فتصرف الإضافة إليه فيلغو قوله: للبدعة ، ويبقى قوله: أنت طالق [فيقع به تطليقة واحدة. قال ابن سماعة عن محمد: إذا قال لامرأته وهي لا تحيض: أنت طالق] للشهور ، فهي طالق عند كل شهر واحدة ؛ وذلك لأن الشهور التي تضاف إليها الطلاق شهور العدة ، فكأنه قال: أنت طالق للعدة ، [ولو قال: للحيض ، وهي تحيض ، وقع عند كل حيضة تطليقة ؛ لأن الحِيَض التي يضاف إليها الطلاق هي العدة ، فكأنه قال: للعدة] ، ولو قال: أنت طالق للحيض ، وَهي [ممن] لا تحيض لم يقع عليها شيء ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما ليس بموجود ، فصار كأنه علقه بشرط لم يوجد[1] .

---

(١) انظر: التجريد ٤٨١٣/١٠ وما بعدها ؛ المبسوط للسرخسي ص ٧٤٤ (طبعة بيت الأفكار الدولية) .

بَابُ
طلاق غير المدخول بها



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال [الرجل] لامرأته وهو لم يدخل بها: أنت طالق، بانت منه ولا عدة عليها، وإنما يلزمها العدة لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولأن العدة موضوعة للاستبراء، وقبل الدخول لا استبراء [١١٤/ب] فلا معنى للعدة، ولا يلزم المتوفى عنها زوجها قبل الدخول؛ لأن عدة الوفاة لم توضع للاستبراء وإنما وضعت على وجه [العبادة][١] بدلالة أنها تجب بالشهور مع القدرة على الحيض، ولأن الموت أجري مجرى الدخول في إكمال المهر، فهو كالخلوة التي أجريت مجرى الدخول، وإذا ثبت أنه لا عدة عليها، فالرجعة إنما تثبت مع بقاء العدة، فوزان مسألتنا عقيب [طلاق][٢] المدخول بها إذا انقضت عدتها، ولأنه لم يبق حق من حقوق الملك، والرجعة إنما تثبت مع بقاء حقوق الملك، قال: ولا تحل [له] إلا بنكاح مستقبل؛ لأن النكاح لمّا زال وأحكامه صارت أجنبية، فلا تحل إلا بعقد جديد.

قال: وما جاء بعد قوله: (طالق مما هو تفسير أو صفة، فإن الطلاق يقع عليها بعد الفراغ من الكلام، و[لا] تبين[٣] بالأول دون الثاني.

(١) في ب (العبارة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الطلاق في) والمثبت من أ.

(٣) في ب (وتبين) والمثبت من أ.

وأما التفسير فمثل قوله: أنت طالق ثلاثاً أو ثنتين، فيقع عندنا الطلاق والعدد.

وقال الحسن البصري: تبِين بقوله: طالق، ويلغو قوله: ثلاثاً.

لنا[١]: أن الكلام موقوف على آخره لجواز أن تعلقه بشرط أن يدخل عليه استثناءٌ، وإذا وقف على آخره صار جملة واحدة فلا يقع بعضه دون بعض؛ ولأن قوله: أنت طالق ثلاثاً، كلمة واحدة، ألا ترى أنه لا يقدر أن يتكلم بها إلا على هذا الوجه، والكلمة الواحدة لا تتبعض في الإيقاع.

وجه قول الحسن البصري: أن قوله: أنت طالق، يقع به البينونة؛ لأنه [يستوفي] اللفظ، [فيستوفي][٢] الوقوع، فما بعده لا يقع [لكونها غير مدخول بها] كمن قال: أنت طالق [طالق].

وأما الصفة: فكقوله: أنت طالق بائن، أو حرام؛ وذلك لأن الصفة مع الموصوف كلام واحد، (فلا ينفرد بعضه عن بعض)[٣]، وهذا لا يتبيّن له فائدة بمجرده؛ لأن الطلاق يقع بائناً سواء وصفه بالبينونة أو لم يصفه، وإنما تبين فائدته إذا [علقت الصفة][٤] بشرط تعلق به الطلاق، ولم تفصل الصفة بين الإيقاع والشرط، فإن كرر لفظ الطلاق بحرف عطف أو بغير حرف عطف وقع الأول قبل الثاني إذا لم يدخل على الكلام شرطاً في قولهم، وهذا مثل أن يقول:

---

(١) في أ (والوجه في ذلك).

(٢) في ب (سبق في.. فيسبق في الوقوع) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في ب (عقب الصفر) والمثبت من أ.

أنت طالق طالق؛ أو أنت طالق، أنت طالق؛ أو أنت طالق وطالق، أو فطالق، أو ثم طالق؛ وذلك لأن الطلاق إذا لم يعلقه بشرط يقف عليه، سبق الأول في الوقوع فبانت به، فيصادفها الثاني وهي أجنبية فلا يقع.

وقد اختلف أبو يوسف ومحمد متىٰ يقع [الأول]؟، فقال أبو يوسف: [يقع] قبل الفراغ من الثاني؛ لأنه لما لم يدخل عليه شرطاً سبق في الوقوع كما سبق في اللفظ، وقال محمد: لا يقع إلا بعد الفراغ من الثاني؛ لأنه يجوز أن يدخل عليه حرف شرط، فإذا قطع الكلام عن الشرط وقع الطلاق الأول، وهذا الخلاف متصور فيما فيه [١٠٨/أ] حرف العطف، فأما ما لا عطف فيه فلا يقف علىٰ اللفظ الأول؛ لأنه لو جاء بالشرط لم يتعلق به، فإن أدخل الشرط علىٰ الكلام وهو غير معطوف فهو كذلك، وهذا مثل قوله: أنت طالق طالق إن دخلت الدار؛ لأن الكلام الثاني غير متعلق بالأول فسبق الأول في الوقوع فبانت، [ثم] عقد اليمين عليها بعد البينونة فلم تنعقد، فإن كان معطوفاً تعلق الكلام بالشرط ولم يقع منه شيء إلا بوجود الشرط إذا كان الشرط لا يفيد التراخي في قولهم جميعاً، وهذا مثل قوله: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار، [أو فطالق إن دخلت الدار]؛ لأن حرف العطف يعلق الثاني بالأول فيجعلهما كلاماً واحداً، فإذا جاء بالشرط تعلقا به ووقف كل واحدٍ منهما عليه، فلم يقع قبل وجوده.

وأما ما يفيد التراخي فهو قوله: أنت طالق ثم طالق إن دخلت الدار، قال أبو حنيفة: يقع عليها في الحال واحدة تبين بها ويبطل ما بعدها من الكلام.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقف الطلاق علىٰ الشرط، فإن دخلت الدار قبل أن يدخل بها؛ وقعت تطليقة واحدة، وإن كان قد دخل بها وقعت اثنتان.

لأبي حنيفة: أن «ثم» تفيد المهلة، فكأنه قال لها: أنت طالق وسكت، ثم قال: طالق إن دخلت الدار.

ووجه قولهما: أن «ثم» حرف عطف فهي كالواو والفاء إلا أنهما قالا: إذا دخلت الدار، قبل أن يدخل بها، لم يقع عليها إلا واحدة؛ لأن «ثم» تقتضي التراخي فيسبق الطلقة الأولىٰ فتبين بها، وتصادفها الثانية وهي أجنبية، فكأنهما جعلا «ثم» كالواو في العطف ولم يجعلاها كهي في الوقوع، فإن قدم الشرط وعطف الكلام بالواو أو بالفاء، فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق، أو فطالق؛ تعلق الكلام بالشرط، فإذا وجد وقع الطلاق الأول، فإن كانت مدخولاً بها وقع الثاني بعده، وإن كانت غير مدخول بها بطل ما بعد الأولىٰ.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقع ذلك كله مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها.

لأبي حنيفة: أن الطلاق المعلق بالشرط كالمذكور عند وجود الشرط، [فكأنه قال لها بعد الدخول: أنت طالق وطالق، وليس كذلك إذا أخّر الشرط]؛ لأن التطليقات لما [وقفت][1] عليه تعلقت كل واحدة به كتعلق الأخرىٰ فوقعن معاً، وصار كما لو كرر حرف الشرط عند كل تطليقة.

وجه قولهما: أن الواو للجمع، فكأنه قال: أنت طالق اثنتين إن دخلت الدار، وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق؛ تعلق الطلاق الأول بالدخول خاصة ووقع الذي بعده، فإن [كان قد] دخل بها وقعت الثانية والثالثة الساعة.

---

(١) في أ (وقعت).




فإن دَخَلت الدار وهي في العدة أو بعد أن راجعها؛ طَلُقت بالأولى، وإن لم يكن دخل بها تعلق الطلاق الأول بالدخول، ووقعت الثانية حين تكلم بها وبطلت الثالثة؛ لأنه تكلم بها وهي بائن، فإن تزوجها ودخلت الدار ولم تكن قد دخلت قبل ذلك الدار بانت بالتطليقة الأولى، وقال أبو يوسف [١١٥/أ] ومحمد: إن كانت قد دخل بها وقعت ثلاث تطليقات بالدخول[١]، فإن لم يكن دخل بها وقعت واحدة.

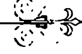
لأبي حنيفة أن «ثم» للتراخي، فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فهذه يمين منعقدة، فلما قال: ثم طالق، تراخى الكلام الثاني عن الأول، فكأنه سكت وقال لها: أنت طالق، فيقع في الحال ولا يتعلق بالشرط، وأما هما فقالا: «ثم» حرف عطف كالواو، فتعلق الطلاق كله بالشرط وإن كانت تترتب في الوقوع على ما بينا.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته: أنت طالق، أستغفر الله إن دخلت الدار، أو سبحان الله أو الحمد لله، دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى، ووقعت في القضاء في الحال؛ لأن هذا كلام لا تعلق له بالطلاق، فيفصل بين الجزاء والشرط، قال: وكذلك إن تنحنح أو تساعل من غير سعال غشيه؛ لأنه قطع الكلام بالسكوت[٢].



(١) في أ (بالدخول الأول).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٩/٥.




نوع آخر من الطلاق قبل الدخول

قال أبو الحسن: وإذا قال [الرجل] لامرأته قبل الدخول بها: أنت طالق واحدة وعشرين، أو واحدة وثلاثين، أو واحدة وأربعين؛ وقعت ثلاث.

وقال زفر: واحدة.

لنا[1]: أن واحدة وعشرين كلمة واحدة، ألا ترىٰ أنه لا يمكن أن يتكلم بها إلا علىٰ هذه الصفة، والكلمة الواحدة لا يقع بعضها دون بعض، كقوله: طالق ثلاثاً.

وجه قول زفر: أنه عدد معطوف علىٰ عدد (قبله، ذكره)[2] قبل الدخول بها، فيسبق الأول في الوقوع [قبل الثاني]، كقوله: أنت طالق وطالق، وعلىٰ هذا الخلاف إذا قال: اثنتين وعشرين، أو [اثنتين] وثلاثين، فقال أصحابنا: هو ثلاث لما قدمنا، وقال زفر: [يقع] اثنتان [لما قدمنا]؛ لأنه أوقع المعطوف عليه دون العطف، والمعطوف عليه اثنتان، فأما إذا قال: أنت طالق إحدىٰ عشرة، [أو اثنتي عشرة]، وقع ثلاثًا في قولهم [جميعًا]؛ لأنه كلام واحد غير معطوف فيصير كالجملة الواحدة.

وأما إذا قال: واحدة وعشرة؛ وقعت واحدة في قولهم؛ لأنه كان يمكنه أن يتكلم به علىٰ غير هذا الوجه، ويأتي باللفظ المعتاد.

وذكر في الكتاب عن أبي يوسف في واحدة وعشرة أنه ثلاث؛ لأنه يفيد ما

---

(١) في أ (وجه قولهم).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.




يفيد قوله: (إحدىٰ عشرة)[1]، فكان مثله، ولو قال: أنت طالق واحدة ومائة، أو واحدة وألف، كانت واحدة، روىٰ ذلك الحسن عن أبي حنيفة، لأنه كان يمكنه أن يتكلم به علىٰ غير هذا الوجه، ألا ترىٰ أن العادة [جرت] أنهم يقولون: مائة وواحدة، وألف وواحدة، فلما قدم الواحدة فقد خالف المعتاد فلا يقع إلا واحدة.

وقال أبو يوسف: إذا قال: واحدة ومائة وقعت ثلاثًا، لأن هذا يذكر علىٰ هذا الوجه، ألا ترىٰ أنهم يقولون في العادة: مائة وواحدة، وواحدة ومائة علىٰ وجه واحد.

وأما إذا قال: واحدة ونصفاً، وقع اثنتان في قولهم؛ لأن هذه جملة واحدة، ألا ترىٰ انه لا يمكن أن يتكلم بها إلا علىٰ هذا الوجه، ووقوع نصف تطليقة يقتضي وقوع باقيها [ثم إذا طلق نصف تطليقة، وقعت تطليقة].

وقال [١١٥/ب] ربيعة: (إذا قال نصف تطليقة)[2] لم يقع عليها شيء.

لنا: أن الطلاق لا يتبعض، وما لا يتبعض فإن جميعه يثبت بثبوت بعضه؛ ولهذا قال عمر رضي الله عنه في عدة الأَمَة: ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً؛ ولأن الطلاق يقتضي الإيقاع والموقع عليه، ولو طلق جزءاً (من أجزائها)[3] طلقت، فكذلك إذا طلق جزءاً من تطليقة وقعت، ولو قال: أنت طالق نصفاً وواحدة، وقعت عليها اثنتان عند أبي يوسف.

وقال محمد: وقعت واحدة، والصحيح ما قاله محمد؛ لأنه يعتاد اللفظ

---

(١) في أ (أحد عشر).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (من امرأته).




علىٰ غير هذا الوجه، فلما عدل عن المعتاد، صار أحد اللفظين غير الآخر، وأما أبو يوسف فقال: إن في العادة يقال واحدة ونصف، ونصف وواحدة علىٰ وجه واحد.



نوع آخر

[قول الرجل لغير المدخول بها: أنت طالق واحدة قبل واحدة]

قال أبو الحسن: وإذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق واحدة قبل واحدة، أو قبلها واحدة، أو بعد واحدة، أو بعدها واحدة، أو مع واحدة، أو معها واحدة، فإنه يقع في ذلك كله اثنتان إلا في قوله: واحدة قبل واحدة، وفي قوله: واحدة بعدها واحدة، فإنه يقع واحدة.

قال: وهذا مبني على أصلين:

أحدهما: أن كل موضع كان الملفوظ به أولاً موقعاً أولاً وقعت واحدة، وإن كان موقعاً آخرًا وقعت اثنتان، وذلك لأن الملفوظ به أولاً إذا سبق في الوقوع بانت (به)[1] فصادفها الثانية وهي أجنبية، وإذا كان الملفوظ به أولاً موقعاً آخرًا لم يسبق في الوقوع فوقع الطلاقان معاً.

والأصل الثاني: أن الإنسان لا يملك إيقاع الطلاق في زمان ماضٍ؛ لأن الطلاق وضع لرفع الاستباحة، وما مضى من الاستباحة معدوم فلا معنى لرفعه، وإذا لم يملك إيقاع الطلاق فيما مضى، فمتى أوقع اعتبرت الحال، فإن كانت المرأة في الحال يجوز أن توصف بطلاق أوقعه عليها في ذلك الوقت وقع عليها في الحال؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما مضى وهو لا يملك ذلك، وهي في الحال ممن توصف بذلك الطلاق، فوقع عليها في الحال، وبطلت الإضافة، وهذا كمن

---

(١) في أ (منه).

قال لامرأته وقد تزوجها أول أمس: أنت طالق أمس، فإن الطلاق يقع عليها في الحال، وأما إذا كانت لا توصف في الحال بطلاق أوقعه عليها في ذلك الوقت بطل الكلام، وهذا كمن قال لامرأته: أنت طالق أمس، وقد تزوجها اليوم، لم يقع عليها شيء؛ لأن إضافة الطلاق إلى ما مضى لا تصح، وهي في الحال لا توصف بطلاق أوقعه أمس، فلغا الكلام ولم يقع.

وإذا ثبت هذا قلنا: إذا قال لها: أنت طالق واحدة قبل واحدة، فالملفوظ به أولاً هو الموقَع أولاً، فوقعت واحدة، فإن قال: قبلها واحدة وقعت اثنتان، لأن الملفوظ به أولاً موقع [أخيرًا][1]، فاقتضى اللفظ [وقوع][2] التطليقة في الحال ووقوع أخرى قبلها، وهو لا يملك إيقاع طلاق متقدم، فيقعان معاً.

وإذا قال: [١٠٨/ب] أنت طالق واحدة بعدها واحدة وقعت واحدة؛ لأن الملفوظ [به] أولاً موقع أولاً، ولو قال: بعد واحدة، وقعت اثنتان؛ لأن الملفوظ به أولاً موقع أخيراً.

ولو قال: مع واحدة، أو معها واحدة وقعت اثنتان؛ لأن مع للمقارنة فيقتضي وقوع أحد الطلاقين مع الآخر.

وقد روي عن أبي يوسف في قوله: معها واحدة أنه يقع واحدة؛ لأن الكناية تقتضي (تقدم)[3] تطليقة على تطليقة فيقع السابق دون الثاني[4]. وبالله التوفيق.

---

(١) في ب (آخر) والمثبت من أ.
(٢) في ب (ونوع) والمثبت من أ.
(٣) في أ (وقوع).
(٤) انظر: التجريد ٤٨٦٩/١٠ وما بعدها.

بَابُ
الطلاق الرجعي والبائن



قال أبو الحسن رحمه الله: طلاق الصريح كله رجعي إذا كانت واحدة أو اثنتين، والكنايات كلها بوائن إلا قوله: اعْتَدِّيْ، واسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ، وأنت واحدة.

قال الشيخ رحمه الله: وجملة هذا أن الطلاق على ضربين: رجعي وبائن، فصريح الطلاق كله رجعي، وكذلك ما جرى مجرى الصريح، والكنايات كلها بوائن.

فأما الصريح فقوله: أنت طالق، وأنت الطلاق، وإنما قلنا: إنه صريح؛ لأن العرف قد جرى باستعماله في هذا المعنى، والصريح إنما يرجع فيه إلى الاستعمال، ولأنه يختص بالزوجات ولا يستعمل في غيرهن فدل على أنه صريح، ومن حكمه أن يقع به الطلاق من غير نيةٍ؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولم يُفَصِّل؛ ولأن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض فأمره النبي ﷺ بمراجعتها، ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينوه، ولأن النية يحتاج إليها في اللفظ المستعمل في شيئين؛ لينصرف بها عن أحدهما إلى الآخر، وقد بينا أن الطلاق لا يستعمل في غير الزوجات فلا يحتاج إلى النية.

وقد قال أصحابنا: إذا قال لها: أنت طالق، وقال: أردت به طلاقاً عن وثاق، لم يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدقه الحاكم، وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه، وهو مصدق فيما بينه

وبين الله تعالىٰ ؛ لأنه نوىٰ ما يحتمله كلامه[1] ، والله تعالىٰ مطلع علىٰ نيته.

قالوا: ولو قال: أنت طالق ، وقال: أردت أنها طالق من العمل ، لم يصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ ؛ لأن اللفظ لا يستعمل في [الانطلاق][2] من العمل ، فقد نوىٰ ما لا يقتضيه لفظه ، فلم يصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، ولو صرح فقال: أنت طالق من وثاق ، لم يقع في القضاء شيء ؛ لأن المرأة توصف بأنها طالق من وثاق وإن لم يكن مستعملاً ، فإذا صرح به حمل عليه ، وإن صرح فقال: طالق من هذا العمل ، لم يصدق في القضاء ووقع الطلاق ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ ؛ لما بينا أنه لا يستعمل الطلاق في العمل حقيقة ولا مجازاً ، [فوقع][3] الطلاق في الحكم ويُدَيَّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ ؛ لأنه يحتمل وإن كان خلاف الظاهر.

وقد روىٰ الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال: نويت طلاقاً من عمل أو قيد ، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ ؛ لأنها مطلقة من الأمرين ، فجاز أن يصدق فيه.

١٦١٦ـ [فَصْل: قول الزوج: أنت أطلق من امرأة فلان المطلقة]

وقد قالوا: إذا قال: أنت [أطلق][4] من امرأة فلان وهي مطلقة ؛ وُقف [١٠٩/أ] ذلك علىٰ النية إلا أن يكون جواباً لمسألة الطلاق ؛ لأن لفظة «أفعل»[5] ليست بصريح في الطلاق ، وما ليس بصريح يقف علىٰ النية ، وكذلك قالوا فيمن قال: أنت مُطْلَقَة وخفف ، أنه يحمل علىٰ النية ؛ لأن إطلاق هذا اللفظ يقتضي

---

(١) في أ (لفظه).

(٢) في ب (الطلاق) والمثبت من أ.

(٣) في ب (إذا وقع) والمثبت من أ.

(٤) في ب (طالق) والمثبت من أ.

(٥) في أ (أطلق).




[إطلاق الجنس][(١)] فلم يكن صريحاً في الطلاق.

وروىٰ ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته: كوني طالقاً أو اطلُقي، قال: أراه واقعاً، وكذلك إذا قال لأمته: كوني حرة أو اعتقي؛ وذلك لأنه وصفها بصريح الطلاق في قوله: كوني طالقاً، وأمرها بالطلاق بقوله: اطلقي، وهذا معناه الخبر فيقع الطلاق، قال: ولا يقع به إلا واحدة وإن نوىٰ أكثر من ذلك.

وقال الشافعي: إن نوىٰ ثلاثاً كان ثلاثاً[(٢)].

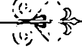
لنا: قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ فأثبت الرجعة عقيب التطليقتين، وهذا عام فيمن نوىٰ بكل واحدة منهما العدد أو لم ينو، ولأن ما يقتضيه صريح الطلاق لا ينصرف عنه بالنية، أصله: وقوع الطلاق، ومن حكم صريح الطلاق الرجعة ما لم يستوف العدد؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فأثبت الرجعة عقيب التطليقتين، ولا يقع به البائن وإن نوىٰ، لأن صريح الطلاق لا ينصرف بالنية من وجه إلىٰ وجه، فأما إذا قال: أنت طالق الطلاق، فإن نوىٰ به الطلاق ثلاثاً كان ثلاثاً؛ لأن الطلاق اسم للجنس، والألف واللام للاستغراق، فيقتضي ذلك استغراق جنس ما يملكه من الطلاق وهو الثلاث، فإن قال: أردت [به] اثنتين لم يصدق؛ لأنا لم نوقع الثلاث من حيث العدد، وإنما أوقعناها لأنها من جنس ما يملكه، فأما الاثنتان فإنما يقع من حيث العدد، واللفظ لا يقتضي العدد.

فإن قال: أردت بقولي «أنتِ طالقٌ» واحدةً، وبقولي «الطلاق» أخرىٰ

---

(١) في ب (إطلاقًا من الجنس) والمثبت من أ.

(٢) انظر: المنهاج ص٤١٨؛ رحمة الأمة ص١٩٠.

صُدِّق ؛ لأن لفظ الطلاق يقع به الطلاق ، فإذا قال لامرأته: أنت طالق[1] الطلاق ، فقد أتىٰ بلفظين (يقع بكل واحدٍ منهما تطليقة)[2] ، فكأنه قال: أنت طالق وطالق ، وإن قال: أنت الطلاق ؛ وقع [به] الطلاق ؛ لأن المفعول يوصف بالمصدر ، يقال: إنما هي إقبال وإدبار ، فإذا صح وصفها بذلك وقع به الطلاق كقوله: يا مطلقة ، وإن نوىٰ [به] ثلاثاً كان ثلاثاً لما بيّنّا في الفصل الأول.

فإن قال لها: أنت طالق طلاقاً ولا نية له ، وقعت واحدة ؛ لأن المصدر إنما يفيد التأكيد ، كقوله: قمت قياماً وأكلت أكلاً ، والتأكيد لا يفيد إلا ما يفيده المؤكد ، فإن قال: أردت ثلاثاً كان ثلاثاً في رواية الأصل والجامع الصغير ؛ لأن المصدر يفيد معنىٰ الكثرة ، قال تعالىٰ: ﴿وَٱدۡعُواْ ثُبُورٗا كَثِيرٗا﴾ [الفرقان: ١٤] وإذا كان فيه معنىٰ الكثرة ؛ جاز أن ينوي به العدد.

وروىٰ بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يكون إلا واحدة ، ووجهه ما قدمنا [١١٧/ب] أن المصدر للتأكيد والتأكيد لا يفيد إلا ما أفاده المؤكد[3].

١٦١٧ - [فَصْل: قول الرجل: يا مطلقة]

وقد قال أصحابنا فيمن قال: يا مطلقة: وقع عليها الطلاق ؛ لأنه وصفها بذلك ، فإن قال: أردت الشتم ؛ صدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، ولا يصدق في القضاء ؛ لأنه وصفها ثم نوىٰ ما ليس بصفة ، (فيكون قد ادعىٰ غير الظاهر)[4] ، فإن كان لها

---

(١) في أ (أنت الطلاق).

(٢) في أ (كل واحد منهما يقع به تطليقة).

(٣) هنا ورد في أ عبارة (وأما ما هو في معنىٰ الصريح . . . أنه ينويه) ، ما يساوي (١٨) سطرًا ، والمسألة وردت في ب بعد الفصل الآتي ، فتركتها للمناسبة.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

زوج قبله، فقال: عنيت ذلك الطلاق دُيِّن في القضاء؛ لأنه وصفها بطلاق واقع لا يلزمه حكمه، والصفة لا تختص بإيقاع زوج دون زوج (فدُيِّن في ذلك)[1].

١٦١٨ـ [فَصْل: في قول الرجل: عنيت الأول في قوله: أنت طالق طالق]

وإذا قال: أنت طالق طالق، أو أنت طالق أنت طالق، وقال: عنيت الأولىٰ؛ صدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وكذلك إذا قال: قد طلقتك قد طلقتك، وكذلك إذا قال: أنت طالق قد طلقتك، وكذلك أنت طالق وأنت طالق؛ وذلك لأن الطلاق وإن كان لفظه لفظ الخبر فهو إيقاع في الشرع، فإذا قال: نويت بالثانية الأولىٰ، فيريد أن يجعلها خبراً فلا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ باللفظ الخبر، ولذلك وضع في اللغة، فإن قال: أنت طالق، فقال له رجل: ما قلت؟ فقال: طلقتها، أو قال: قلت هي طالق، فهي واحدة في القضاء؛ لأن الاستخبار دليل علىٰ أنه أراد بالثاني الخبر فيحمل عليه.

وأما ما هو في معنىٰ الصريح، فقوله: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة، فهذه الألفاظ الثلاثة في حكم الصريح، بمعنىٰ أن الواقع بها طلاق رجعي وهي في (معنىٰ)[2] الكنايات في افتقارها إلىٰ نية أو دلالة حال.

فقال أبو حنيفة: القياس في قوله: اعتدي، أن يكون بائناً وإنما اتبعنا الأثر، وقال أبو يوسف: القياس أن يكون [ثلاثًا][3]، وإنما تركنا القياس لحديث جابر

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في أ (حكم).
(٣) في ب (ثابتًا) والمثبت من أ.

(أن النبي ﷺ قال لسودة: «اعتدي»، فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة حتىٰ تحشر في جملة أزواجه، فراجعها وردّ عليها يومها)[1]؛ وأما قوله: استبرئي رحمك، فهو تفسير لقوله: اعتدي، فيفيد ما يفيده؛ وقوله: أنت واحدة، صفة لقوله: أنت طالق، ألا ترىٰ أنه يقال: أنت طالق واحدة، ولا يقال: أنت بائن واحدة، فإذا كان صفة لصريح الطلاق وقع به ما يقع بالصريح، وإنما قلنا: إنه يفتقر إلىٰ نية لأنه يحتمل الطلاق وغيره، ألا ترىٰ أنه يقول: اعتدي بنعمتي عليك، واستبرئي رحمك لأطلقك، وأنت واحدة قومك، أو واحدة في الشرف، وما احتمل الطلاق وغيره، لم يحمل علىٰ الطلاق إلا بدليل، وإن نوىٰ بهذه الألفاظ الثلاث لم يقع؛ لأنها في حكم الصريح، فصار كقوله: أنت طالق، ولأنه لما وقع بها طلاق رجعي صار كقوله: أنت طالق واحدة، ولا شبهة [١٠٩/ب] في ذلك لاستحالة أن يفسر قوله: طالق واحدة بالثلاث، فلا يجوز أن ينويه.

١٦١٩ - [فَصل: السراح والفراق من الكناية]

وقد قال أصحابنا في السراح والفراق: أنه كناية، وقال الشافعي: صريح[2].

لنا: أنه يستعمل في الطلاق وغيره علىٰ وجه واحد، يقال: سَرَّحْت إبلي وفارقت صديقي، والصريح ما اختص في الاستعمال، ولأن ما جاز أن يقع به الثلاث لم يكن صريحاً كالبائن، وأما الطلاق البائن فهو علىٰ ضروب:

أحدها: أن يصف صريح الطلاق بالبينونة.

والثاني: أن يوقع بلفظ يقتضي البينونة أو يجعل إليها الطلاق بلفظ يقتضي

(١) أخرجه الترمذي (٣٠٤٠)؛ وقال: «حديث حسن غريب»، والبيهقي في الكبرىٰ، ٧/٢٩٧.

(٢) انظر: المنهاج ص٤١٣؛ رحمة الأمة ص١٩٠.

البينونة فتختار.

والثالث: أن تقع[1] الفرقة من طريق الحكم.

فأما القسم الأول فكمن قال: أنت طالق بائن، أو [أنت طالق][2] حرام، وذلك لأنه وصف الطلاق بالبينونة وهي في ملكه، فصار كما لو وصفه بالعدد فيقع.

وقد قال أبو يوسف: إذا قال لها: أنت طالق للبدعة، ونوىٰ واحدة بائنة كانت بائنة؛ لأن السنة إيقاع الرجعي، والبدعة إيقاع البائن والثلاث، فإذا نوىٰ ذلك وقع.

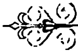
وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: أنت طالق أقبح الطلاق أنه رجعي، وقال محمد: [إنه] بائن.

ولأبي يوسف: أن أقبح يحتمل وقوع الفرقة في وقت تكره المرأة الفرقة فيه، فيكون [أقبح][3] من هذا الوجه، ويحتمل [أقبح] من حيث الشرع، فلا تقع البينونة بالشك.

وجه قول محمد: أن [أقبح] جعله صفة للطلاق، وذلك لا يكون إلا في الطلاق المنهي عنه، فأما غيره فهو صفة للمطلقة.

وقد روىٰ هشام عن محمد فيمن قال: أنت طالق للبدعة؛ كانت واحدة رجعية؛ لأن البدعة قد تكون في البائن، وقد تكون في الطلاق في الحيض، فلا تقع البينونة بالشك.

(١) في (توقع).
(٢) في ب (طلاق) والمثبت من أ.
(٣) في ب (أصح) والمثبت من أ.

وروىٰ هشام عن محمد: في طلاق الشيطان أنه رجعي ؛ لأن ذلك يفيد ما تفيده البدعة ، فأما الكنايات فهي كلها بوائن ، إلا ثلاث كنايات وهي: اعتدي ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة ؛ وقال الشافعي: كلها رجعية[1].

لنا: أنه أوقع ما يملكه فوجب أن يقع بإيقاعه كالثلاث ، ولأنه أحد نوعي البينونة ، فجاز أن يقع بقوله: أنت بائن كالثلاث.

١٦٢٠ - [فَصْـل: وقوع الطلاق بالكنايات]

ومن حكم الكنايات أن لا يقع الطلاق بمجردها ؛ وذلك لأنها ألفاظ محتملة للطلاق ولغيره ، فلا تنصرف إلىٰ أحد المحتملين إلا بدليل ، فإن نوىٰ الطلاق وقع في جميعها ؛ لأن النية تصرف الكلام من وجه إلىٰ وجه إذا كان محتملاً للوجهين ، الدليل عليه: ما روي أن ركانة [بن عبد يزيد][2] طلق امرأته البتة ، فاستحلفه رسول الله ﷺ (ما أردتَ إلا واحدة)! ، ورجع إلىٰ نيته ؛ لأن البتة يحتمل الثلاث والواحدة.

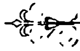
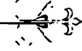
١٦٢١ - [فَصْـل: تأثير دلالة الحال في وقوع الطلاق بالكنايات]

ودلالة الحال تؤثر في الكنايات عندنا ، وقال الشافعي: لا تؤثر.

لنا: أنّ الكلام الواحد يستعمل [١١٠/أ] في المدح والذم ولا يفصل بينهما

(١) وقال الشافعي: جميع ذلك يفتقر إلىٰ النية مطلقًا. انظر: مختصر المزني ص١٩٢ ؛ المهذب ٢٩٤/٤ ؛ المنهاج ص ٤١٤ ؛ رحمة الأمة ص٤١٥.

(٢) في أ (يزيد ابن ركانة) ، والمثبت من رواية الطيالسي.
روىٰ الطيالسي حديث ركانة ، وفيه: (سأله النبي ﷺ بقوله (الله ما أردت إلا واحدة) ثلاثًا. مسند الطيالسي ١٦٤/١.
وأخرجه العقيلي في الضعفاء ٢٠٢/٢.

إلا بدلالة الحال، فدل علىٰ تأثيرها في الكلام؛ ولأن ما خرج علىٰ وجه الجواب فالظاهر أنه جواب، فلا يحتمل علىٰ غيره، أصله السراح والفراق، وإن نوىٰ بلفظ الكناية الثلاث كان ثلاثاً؛ لأن البينونة والتحريم تارة يكون بالواحدة وتارة يكون بالثلاث، فإذا نوىٰ أحد محتمل اللفظ وقع، (ولأن النبي ﷺ استحلف ركانة أنه ما أراد إلا واحدة، فدل علىٰ أنه لو أراد الثلاث لوقع، وإلا لم يكن للاستحلاف معنىٰ)[1]، وإن نوىٰ اثنتين كانت واحدة، وقال زفر: يقع ما نوىٰ، وبه قال الشافعي[2].

لنا: أن البينونة لا تتضمن العدد، ألا ترىٰ أنه لا يصح أن ينطق بها بعدد فيقول: أنت [بائن ثنتان، أو أنتِ بائنتان]، وإذا لم يتضمن ذلك لم يصح أن يقع بالنية ما لا يتضمنه الكلام، وليس كذلك إذا أراد الثلاث؛ لأنها لا تقع من حيث العدد ولكنها نوع بينونة، فتقع من حيث البينونة.

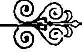
وعلىٰ هذا قال أصحابنا: إذا قال لزوجته الأَمَة: أنت بائن، ينوي اثنتين وقع؛ لأنها البينونة العليا فيها فصارت كالثلاث في الحرة، وقالوا: لو طلق الحرة واحدة ثم قال لها: أنت بائنٌ، ينوي اثنتين كانت واحدة؛ لأنها لا تبين بالثنتين لولا ما تقدم، فلم يكن ذلك نوع بينونة فيها فلم يقع.

وجه قول زفر: أن كل لفظ جاز أن يقع به الثلاث، جاز أن يقع [به] ما دونها كالواحدة.



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر مراجع المسألة السابقة.

١٦٢٢ـ [فَصل: أقسام الكنايات في الطلاق]

وقد قالوا إن الكنايات تنقسم ثلاثة أقسام:

فقسم: لا يديَّن في القضاء في الغضب، ولا في ذكر الطلاق.

والقسم الثاني: يُديَّن في الغضب ولا يدين في ذكر الطلاق في القضاء.

والثالث: يدين في القضاء في الغضب وفي ذكر الطلاق.

فأما ما لا يدين به في غضب ولا [في] ذكر الطلاق: فقوله: أمرك بيدك، واختاري، واعتدي؛ وذلك لأن هذه الألفاظ لا تصلح [للسبّ][1] ولا للإبعاد، فالظاهر منها الطلاق، ومن تكلم بكلامٍ الظاهرُ منه الطلاق لم يصدق في صرفه عن ظاهره، كما لو قال: أنت طالق، ثم قال: نويت به طلاقاً من وثاق.

وأما القسم الثاني الذي يُدَيَّنُ في الغضب ولا يدين في ذكر الطلاق [في القضاء]، وذلك في كل لفظ يصلح للسبّ وهي خمسة ألفاظ: أنت خلية، وبريّة، وبائنٌ، وبتة، وحرام، وذلك لأن هذه الألفاظ تصلح للسبّ، ألا ترىٰ أنه يقول: أنتِ خلية من الخير، وبرية من الإسلام، وبائن من الدين، وبتة من المروءة، وحرام الاجتماع معك وعشرتك، وحال الغضب تصلح للسبّ وتصلح للطلاق، وما احتمل أمرين لم يحمل علىٰ أحدهما إلا بالنيّة، فأما في حال ذكر الطلاق فالحال لا تصلح إلا للطلاق، فوجب حمل هذه الألفاظ [١١٠/ب] علىٰ الطلاق دون السبّ.

وقد روىٰ بشر عن أبي يوسف: أنه زاد فيها أربعة ألفاظ: [تحتمل السبّ،

---

(١) في ب (للسبب)، وهكذا في جميع ما يأتي، والمثبت من أ.

فتقول]: لا سبيل لي عليك، وفارقتك، وخليت سبيلك، ولا ملك لي عليك؛ [وذلك] لأن هذه الألفاظ تحتمل السبّ، فتقول: لا سبيل لي عليك لشركِ، وفارقتك في المكان لكراهة اجتماعي معك، وخلّيت سبيلك وما أنت عليه، ولا ملك لي عليك؛ لأنك أقل من أن أتملكك.

وقد قالوا في بِنْتِ مِنِّي أنه كذلك، وهذا ليس بزيادة؛ لأنه [يقرب][(١)] من بائن.

فأما ما يدَيَّن في الغضب[(٢)] وذكر الطلاق: فقد قال أبو حنيفة: لا سبيل لي عليك، ولا ملك لي عليك، واعتزلي[(٣)]، وتقنعي، واستتري، واخرجي، واذهبي، وقومي، وتزوجي، ولا نكاح لي عليك؛ وذلك لأن هذه الألفاظ تُذكر ويراد بها الإبعاد، وحال الغضب يُبعد الإنسان الزوجة فيها وإن لم يطلقها، وكذلك في حال ذكر الطلاق؛ لأنها إذا قالت: طلقني، فقال: لا سبيل لي عليك، احتمل لا سبيل لي على طلاقك، ولا ملك لي على طلاقك، وهذا يذكر ويراد به الامتناع من الطلاق.

وقد ذكر أبو الحسن: أن ما سوى القسمين الأولين من الكنايات لا يقع به الطلاق إلا بالنية، ولم يذكر الكنايات ونحن نذكرها، فمنها قوله: حبلك على غاربك؛ لأن هذا اللفظ في معنى التسريح، وكذلك قوله: اذهبي؛ لأن المرأة لا تذهب عن زوجها (إذا طلقها)[(٤)]، وكذلك: خليت سبيلك، والحقي بأهلك؛

(١) في ب (تصرف) والمثبت من أ.

(٢) في أ (حال الغضب).

(٣) في أ (واعتدي) هنا.

(٤) في أ (عند الطلاق).

لأن المرأة لا تلحق بأهلها إذا طلقها، وكذلك: استتري، وتقنعي؛ لأن المرأة يلزمها أن تستتر عن زوجها إذا طلقها، وكذلك: تزوجي؛ لأنها لا يجوز لها أن تتزوج إلا بعد الطلاق، وكذلك: انطلقي وانتقلي؛ لما قدمنا، وكذلك إذا قال: وهبتك لأهلك قبلوها أو لم يقبلوها؛ لأن الهبة تقتضي زوال الملك، والقبول يحتاج إليه لدخول الشيء في ملك الموهوب له، فطلاقها[1] لا يملكه أهلها فلم يحتج إلى القبول.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا قال: وهبتك لأهلك، أو لأبيك، أو لأمك، أو للأزواج فهو طلاق؛ لأن المرأة ترد بالطلاق على هؤلاء، ويملكها الأزواج بعد الطلاق، فصار هذا من مدلول الطلاق.

قال: فإن قال: وهبتك لأختك، أو لخالتك، أو لعمتك، أو لفلان الأجنبي؛ لم يكن طلاقاً لأن المرأة بالطلاق لا ترد على هؤلاء.

وقد قال أبو حنيفة: إذا قال لامرأته: لستِ لي بامرأة، ينوي الطلاق كان طلاقاً، وكذلك إذا قال: ما أنا بزوجك، أو سُئل فقيل: هل لكَ امرأة؟ فقال: لا، دُيّن في الرضا والغضب، وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع به الطلاق.

لأبي حنيفة: أن هذا اللفظ يحتمل الطلاق، ألا ترى أنه يقول: لست لي [١١٩/أ] بامرأة لأني طلقتك، وما احتمل الطلاق إذا نوى به الطلاق كان طلاقاً، (كقوله: أنت بائن)[2]، وليس كذلك إذا قال: والله ما أنتِ لي بامرأة، أو عليّ

---

(١) في أ (وبضعها).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

حِجة ما أنت لي بامرأة[1]، أنه لا يقع الطلاق وإن نوىٰ؛ لأن اليمين علىٰ النفي يتناول الماضي وهو كاذب في ذلك، فلا يقع به شيء، وأما في مسألتنا فإنما أخبر عن الحال، ويجوز أن يكون الأمر كما قال، ولا يلزم إذا قال: لم أتزوجك؛ لأن الطلاق حل للنكاح بعد وقوعه، وهذا نفي لأصل النكاح، فلا يجوز أن يقع به الطلاق.

وجه قولهما: أن نفي الزوجية كذب، فلا يقع به الطلاق، كقوله: لم أتزوجك؛ وقال أبو حنيفة: إذا قال: لا حاجة لي فيكِ، ينوي الطلاق فليس بطلاق؛ لأن نفي الحاجة يجتمع مع الزوجية، ألا ترىٰ أن الإنسان قد يتزوج بمن لا حاجة له فيها فلم ينف ذلك النكاح.

وقال محمد[2]: إذا قال: افلحي، يريد به الطلاق كان طلاقاً، قال: لأن العرب تقول: افلح بخير، أي: اذهب بخير، ولو قال: اذهبي كان طلاقاً، وقالوا: إذا قال: فسخت النكاح بيني وبينك، ينوي الطلاق فهو طلاق، لأنه أتىٰ بمعنىٰ الفُرقة، ولو قال: وهبت لك طلاقك، وقال: أردت أن يكون في يدك لم يُصَدَّق في القضاء؛ لأن الهبة تفيد زوال ملك الواهب، وجعل الطلاق إليها ليس بإزالة الملك، وإنما هو تفويض فلا يصدق فيه.

قد روي عن أبي حنيفة في قوله: وهبت لك طلاقك، رواية أخرىٰ: أنه لا يقع به شيء لأنه يحتمل: وهبت لك، بمعنىٰ أعرضت عن إيقاعه، (ولأن الهبة تفيد التمليك، وتمليك المرأة للطلاق هو أن يجعل إليها إيقاعه)[3].

---

(١) في أ (إن كنت لي امرأة).

(٢) في أ (أبو حنيفة).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.




قالوا: ولو أراد أن يطلقها فقالت له: هب لي طلاقي، تريد أعرض عنه، فقال: قد وهبت لك طلاقك؛ صُدِّق في القضاء؛ لأن الظاهر يقتضي أنه أراد بالهبة ترك الإيقاع.

قالوا: ولو قال: قد أعرضت عن طلاقك، أو صفحت عن طلاقك، ينوي الطلاق لم تطلق؛ لأن الإعراض عن الشيء يقتضي ترك التصرف فيه، وإن قال: [قد] تركت طلاقك، أو خليت سبيل طلاقك، وهو يريد الطلاق وقع؛ لأن تخلية الطلاق وتركه قد يكون بإخراجه عن ملكه؛ وذلك إيقاع الطلاق.

فأما الفرقة التي تقع بالتخيير إذا اختارت المرأة فهي طلاق بائن؛ لأنه يخيرها بين البقاء على النكاح وبين[1] تركه، ولأن الفرقة إنما وقعت (بالخيار)[2]، تشبهاً بالخيار الطارئ على النكاح، وذلك الخيار بائن، وكذلك هذا، وأما [الفرقة][3] الواقعة من طريق الحكم فجميعها [بوائن][4]، وهي منقسمة: فمنها ما هو طلاق، ومنها ما ليس بطلاق، وكل فرقة أوجبت تحريماً مؤبداً فليست بطلاق، وهي فرقة بائنة؛ لأنها أوجبت التحريم وزيادة: وهو التأبيد، وهذا مثل الرضاع، وإذا وطئ المرأةَ ابنُ زوجها، [١١٩/ب] أو أبوه، أو وطئ زوجها أمها، أو ابنتها.

وأما فرقة اللِّعان: فهي طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف فرقة بائنة وليست بطلاق، وإنما كانت بائنة؛ لأن القاضي يفرق بينهما حتى يخلصها من زوج يقذفها، فلو كانت الفرقة رجعية لم يوجد المقصود منها.

---

(١) في أ (أو).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (الفرق) والمثبت من أ.

(٤) في ب (بائن) والمثبت من أ.

وأما الأمَة إذا أعتقت فاختارت نفسها فهي فرقة بائنة بغير طلاق ؛ لأن الفرقة إنما تقع لأن بدل بُضْعها لم يَسلم لها ، فيتوصل بالفرقة إلىٰ نكاح (يحصل) لها فيه العوض ، فلو كانت رجعية لم يوجد هذا المعنىٰ .

وأما فرقة العِنِّين فهي طلاق بائن في قولهم ؛ لأن الفرقة يوقعها الحاكم ليخلصها من نكاح لا يستقر فيه مهرها ، فلو أوقع الطلاق رجعياً لراجعها الزوج فيحتاج أن يفرق بينهما ثانياً ، وهذا لا يجوز .

١٦٢٣ـ [فَصْل: اختيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ]

فإذا بلغ الصغير واختار ، أو الصغيرة واختارت ، فهي فرقة بائنة بغير طلاق ؛ لأن الفرقة إنما تقع لأن البضع استحق عليها بتصرف من لم تكمل ولايته ، فلو كانت رجعية لراجعها فلم يحصل(١) الغرض .

فأما إباء الزوج إذا أسلمت امرأته فهي طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف فرقة بائنة بغير طلاق ؛ وإنما كان بائناً لأن الفرقة إنما تقع لأنه لا يصح البقاء علىٰ النكاح مع كفر أحد الزوجين ، فلو لم تكن الفرقة بائنة كان النكاح باقياً ، وأما إباء المرأة فهي فرقة بائنة بغير طلاق في قولهم ؛ لأن المرأة لا تملك الطلاق ، وإنما كانت بائنة لما ذكرنا .

وأمّا رِدَّة الزوج فليست بطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف: وهي فرقة بائنة ، وقال محمد: هي طلاق بائن ، وإنما وقعت البينونة لأن النكاح لا يبقىٰ مع الردة لأنها تنافي الملك ، فلذلك وقعت البينونة ، ورِدَّة المرأة فرقة بائنة بغير

---

(١) في أ (يوجد) .

طلاق في قولهم لما بينا.

وذكر محمد في السِّيَر: في امرأة الحربي إذا أسلمت ثم حاضت ثلاث حِيَض فهي تطليقة بائنة؛ لأن الحيض أُقيم مقام إباء الزوج، وإن كان الزوج هو المسلم، فهي فُرقة بائنة بغير طلاق كإباء المرأة، والفرقة الواقعة باختلاف الدارين لا تكون طلاقاً، وهي فرقة بائنة؛ لأن اختلاف الدارين يمنع بقاء حق الزوج في بضعها.

قال محمد: وإذا أسلم الحربي وتحته ثمان نسوة فاختار منهن أربعاً، [وفارق أربعًا] فهي فرقة بائنة بغير طلاق، وإنما لم يكن طلاقاً؛ لأن التحريم عنده يسبق الاختيار عقيب الإسلام، وإنما يميز بالخيار من حرمت عليه ممن لم تحرم، فالفرقة وقعت من طريق الحكم، وإنما كانت بائنة؛ لأنه لا يجوز البقاء على نكاح أكثر من أربع [نسوة]، وفي الفرقة الرجعية بقاء على النكاح، فإذا ملك أحد الزوجين الآخر: فهي فرقة بائنة بغير طلاق؛ لأنها تقع من طريق الحكم، ولا يجوز مع سببها البقاء على النكاح، فإذا مضت مدة الإيلاء بانت المرأة بتطليقة بائنة، لأنا إنما نوقع الفرقة لتتخلص من زوج يمنعها حقها، وهذا لا يكون إلا في البائن.

١٦٢٤ـ [فَصل: كتاب طلاق الزوجة في كتاب على وجه الاستبانة]

قال أبو الحسن: وإذا كتب الرجل طلاق امرأته في كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض وكان مستبيناً[١] فهو بمنزلة الكلام المكني، لا يقع به الطلاق حتى ينوي.

---

(١) في أ (مبيّنا).

قال الشيخ رحمه الله: والأصل في وقوع الطلاق [بالكتاب][1] أن الكتابة حروفٌ منظومة تدل على (معنى مفهوم فصار كالكلام)[2]، ولأن كتب رسول الله ﷺ إلى الآفاق قامت مقام قوله في الدعاء إلى الإسلام، فدل على أن الكتاب يقوم مقام قول الكاتب، وإذا ثبت هذا قلنا: إذا كتب كتابًا لا يستبين، [فلا يقع به الطلاق، وكذلك لو] كتب في الهواء فليس بشيء؛ لأن الكتابة التي لا تستبين كالكلام الذي لا يستبين فلا يقع به الطلاق، وأما إذا كتب [كتابًا يستبين][3] فهو على وجهين: إن كتبه لا على طريق المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالق، وقف على النية، فإن قال: نويت به الطلاق وقع، وإن قال: لم أنوِ به الطلاق صدق؛ لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكناية التي تقوم مقام الصريح، فلا يقع الطلاق بها إلا بنية أو ظاهر، ولأن الإنسان قد يكتب ويريد [به] الإيقاع، ويكتب [لتجويد][4] الخط فلم يحمل على الإيقاع إلا بدليل، وأما إذا كانت[5] على طريق الخطاب والرسالة مثل أن يكتب أما بعد: يا فلانة أنت طالق، أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق، فإن الطلاق يقع بذلك، ولا يصدق أنه لم يقصد به الطلاق إلا أن يقول: نويت طلاقاً من وثاق، فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ وذلك لأن الكتابة إذا كانت على طريق الخطاب ولها ظاهر، فهي كالكلام الذي له ظاهر فلا يصدق في صرفه عن ظاهره، ثم ذلك على وجهين: إن كتبه على طريق الخطاب فلم يعلقه بشرط وقع عقيب الكتابة؛ لأن قوله: (أنت طالق) في

---

(١) في أ (بالكنايات).
(٢) في أ (معاني مفهومة، فهي كالكلام).
(٣) في ب (بما يبيّن) والمثبت من أ.
(٤) في ب (لتجربة) والمثبت من أ.
(٥) في أ (كتب).




الكتاب كتلفظه به فيقع [عقيب الكتابة][1].

فأما إذا قال: إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق، فإن الطلاق لا يقع حتىٰ يصل لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله كما لو علقه بدخول الدار، وقد قالوا فيمن كتب كتاباً علىٰ وجه الرسالة، وقال [فيه]: إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق، ثم محا ذكر الطلاق منه وأنفذ الكتاب وسطره باقي وقع الطلاق؛ لأن الشرط [فيه] قد وُجد وهو وصول الكتاب، فإن محا ما في الكتاب حتىٰ لم يبق منه كلامٌ، يكون رسالةً، لم يقع الطلاق وإن وصل؛ لأن [ما] بقي منه لا يسمىٰ كتاباً، فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق[2]. اهـ



(١) في ب (عقيبه) والمثبت من أ.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٢٠ وما بعدها؛ التجريد ١٠/٤٨٣١ وما بعدها.

[٤٠] بَابُ
الرجعة



قال أبو الحسن: إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك الرجعة(١) علىٰ ما بَيَّنْتُ لك واحدة أو اثنتين، فله أن يراجعها ما دامت في العدة (إلىٰ)(٢) أن تغتسل من الحيضة التي هي آخر العدة.

قال الشيخ رحمه الله: والأصل في جواز الرجعة قوله تعالىٰ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] وقال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال عليه السلام لابن عمر «راجعها»، (وطلق سودة وراجعها)(٣)، فدل ذلك علىٰ جواز الرجعة؛ وإنما قلنا: أنّ الرجعة تكون مع بقاء العدة؛ لأن العدة إذا انقضت زال الملك بحقوقه، والرجعة لا (تصح)(٤) مع زوال حقوق الملك.

وأما قوله: ما لم تغتسل، فهذا علىٰ وجهين:

إذا كان حيضها أكثر الحيض؛ انقطعت الرجعة بمضي المدة؛ لأنا تيقنّا

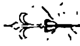
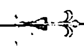
---

(١) «الرجعة: هي المراجعة، وهي عبارة عن إرتجاع المطلق مطلقته علىٰ حكم النكاح الأول» الجوهر ٦٤/١.

(٢) في أ (إلّا).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٨٣)، وغيره بلفظ (طلق حفصة..)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٥٧٥٥)؛ وابن ماجه (٢٠١٦)؛ وابن حبان في صحيحه (٤٢٧٥)، وغيرهم.

(٤) في أ (تقع).

زوال الحيض وانقضاء العدة بانقضائه.

وأما إذا كان حيضها أقل من أكثر الحيض، فإن الرجعة لا تنقطع ما لم تغتسل، أو يمضي وقت صلاة، أو تتمّم وتصلي.

وقال الشافعي: لا أعرف بعد الأقراء معنىً معتبراً في انقضاء العدة[١]، وهذا الذي قاله خلاف الإجماع؛ وروىٰ علقمة عن ابن مسعود قال: كنت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فجاءه رجل وامرأة فقال: زوجتي طلقتها وراجعتها، فقالت: ما يمنعني ما صنع أن أقول ما كان أنه طلقني وتركني حتىٰ حضت الحيضة [الثالثة] وانقطع الدم، وغلقت بابي، ووضعت غسلي وخلعت ثيابي، فطرق الباب فقال: قد راجعتك، فقال عمر: [قل][٢] فيها يا ابن أم عبد! فقال: أرىٰ الرجعة قد صحت ما لم تحل لها الصلاة، فقال عمر: لو قلت غير ذلك، لم أره صواباً[٣].

وروىٰ مكحول: أن أبا بكر، وعمر، وعلياً، وابن مسعود، وأبا الدرداء، وعبادة بن الصامت، وعبد الله بن قيس الأشعري (رضي الله عنهم) كانوا يقولون في الرجل يطلق امرأته تطليقة أو تطليقتين أنه أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة، ترثه ويرثها ما دامت في العدة.

وإذا اتفقت الصحابة علىٰ اعتبار الغسل لم يعتد بخلاف من خالف؛ ولأن أيامها إذا كانت أقل من أكثر الحيض لم نتيقن انقطاع الدم لجواز أن يعود، فبقيت العدة حتىٰ يوجد الغسل المنافي للحيض في الظاهر.

---

(١) انظر: المنهاج ص٤٣٠.

(٢) في ب (قد راجعتك) والمثبت من أ.

(٣) رواه محمد بن الحسن في الآثار، ص ١٠٤.




والشافعي بنى هذا على أن العدة تنقضي بالأطهار، فإذا طعنت في أول الحيضة الثالثة انقضت العدة فلا تحتاج إلى الغسل، فأما إذا انقطع دمها ومضى وقت صلاة وقد أمكنها الغسل قبل مضيه فقد انقضت العدة؛ لأن تلك الصلاة وجبت عليها، ووجوب الصلاة ينافي حكم الحيض، وأما إذا كانت مسافرة فتيممت لم تنقطع الرجعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى تصلي، وقال محمد: تنقطع [الرجعة].

لهما: أن التيمم لا يرفع الحدث، ألا ترى أنها لو رأت الماء بطل وصار كأن لم يكن، فلم تنقطع الرجعة كما لو غسلت بعض بدنها [١١١/ب] وليس كذلك إذا صلت؛ لأنه تعلق بالتيمم حكم لا يلحقه الفسخ، ألا ترى أنها لو رأت الماء لم تبطل تلك الصلاة فصار كالغسل.

وجه قول محمد: أنها إذا تيممت استباحت ما تستبيحه بالغسل فصارت كما لو اغتسلت[1]، وأما الكتابية فقد قالوا أن الرجعة تنقطع عنها إذا انقطع الدم؛ لأن فرض الغسل لا يلزمها، فصارت كالمسلمة إذا اغتسلت.

١٦٢٥ - [فَصْل: العدة في حال بقاء عضو في الاغتسال]

وإذا اغتسلت المعتدة وبقي من بدنها عضو أو أقل كانت له الرجعة في العضو إذا بقي وليست له الرجعة في الأقل.

وقال أبو يوسف: الاستحسان فيما دون العضو، وقال محمد: الاستحسان في العضو، فأبو يوسف يقول: كان القياس إذا بقي أقل من عضو أن تبقى الرجعة؛

(١) في أ (كالمغتسلة).




لأن الحدث باقٍ فصار كالعضو وإنما [استحسنوا][1] ؛ لأن هذا القدر يستغفل في العادة، فلو بقيت به الرجعة لم تنقطع في الغالب، وهذا لا يصح.

وأما محمد فقال: القياس أن تنقطع الرجعة إذا بقي عضو قياساً على المضمضة، وإنما استحسنوا فقالوا: لا تنقطع لأن العضو مجمع على وجوب غسله وهو مما لا يُستغفل، فصار كما لو زاد عليه، وأما إذا بقي المضمضة والاستنشاق، فقال محمد: أبنتها من الزوج ولا تحل للأزواج، واختلفت الرواية عن أبي يوسف، فروى الفضل بن غانم عنه: أنه لا رجعة لزوجها، وروى هشام عنه: أن له الرجعة.

وجه قول محمد: أن المضمضة مختلف في وجوبها، والرجعة يعتبر فيها الاحتياط فلم يجز إثباتها بالشك، (ولا يبيحها للأزواج)[2] بالشك، وأما أبو يوسف فقال: الحدث باقٍ في عضو كامل كسائر الأعضاء، وأما إذا اغتسلت بسؤر حمار وتيممت فلا رجعة عليها ولا تحل للأزواج؛ لأن سور الحمار مشكوك فيه، فإن كان طاهراً انقطعت الرجعة وحلت [للأزواج]، وإن كان نجسًا بقيت الرجعة ولم تحل [للأزواج]، فاعتبر الاحتياط في الجنسين فقالوا: تنقطع الرجعة ولا تحل [للأزواج].

١٦٢٦ - [فَصْل: المراجعة بالشهود]

وإذا أراد أن يراجعها أشهدَ على رجعتها شاهدين، ويقول: [لهما: اشهدا] أني قد راجعت زوجتي فلانة، أو ما يؤدي هذا المعنى من القول، وذلك لقوله

(١) في ب (استحسنها) والمثبت من أ.
(٢) في أ (ولا يستبيح الأزواج).

تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ولأنه لا يأمن أن تنقضي العدة، فلا تصدقه في الرجعة، فكان الاحتياط (في الإشهاد)[1] علىٰ ذلك.

وقد قال أصحابنا: إن الشهادة ليست بشرط في الرجعة، وقال الشافعي: لا تصح إلا بالإشهاد[2].

لنا: أن الرجعة تصرف [يملكه الزوج][3] بحكم العقد، فلم يقف علىٰ الإشهاد كالظهار والإيلاء، وأما الآية فهي محمولة علىٰ الاستحباب بدلالة أن الله تعالىٰ جمع بين الفرقة والرجعة وأمر بالإشهاد، وقد ثبت أن الإشهاد في الفرقة [١١٢/أ] مستحب فكذلك الرجعة؛ لأن اللفظ الواحد لا يحمل في حالة واحدة علىٰ الوجوب والندب، قال: ولا [مهر][4] في الرجعة ولا عوض؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، والعوض لا يجب علىٰ الإنسان في مقابلة ملكه، ولأن الرجعة استدراك للحق كالفيء في الإيلاء وإسقاط الخيار في البيع، فلا يكون في مقابلته عوض، قال: وأحسن ذلك أن يعلمها بالرجعة، (وإن لم يعلمها جازت الرجعة؛ وذلك لأنه إذا لم يعلمها جاز أن تتزوج عند مضي الحيض فيعرضها لعقد محرم، [فلذلك][5] استحب أن يعلمها)[6]، فإن لم يعلمها جاز؛ لأنه حق ينفرد به لا يسقط به حقاً لها، فصار كالإجازة في الخيار.

(١) في أ (أن يشهدا).

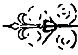
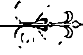
(٢) «وللشافعي قولان أصحهما الاستحباب»، رحمة الأمة ص١٩٣؛ وقال النووي «والجديد: أنه لا يشترط الإشهاد». المنهاج ص٤٢٩. انظر: المهذب ٤/٤٧٨.

(٣) في ب (في ملكه) والمثبت من أ.

(٤) في ب (مميز) والمثبت من أ.

(٥) في ب (فكذلك) والمثبت يقتضيه السياق.

(٦) ما بين القوسين ساقطة من أ.

قال: وإن لم يراجعها حتىٰ جامعها فهو مراجع، وقال الشافعي: لا (تكون)[1] الرجعة بالفعل[2].

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ والإمساك في الحقيقة يتناول الفعل؛ ولأن الطلاق أثبت له استدراك حق في مُدَّة، فجاز أن يستدركه بالفعل، كالخيار في البيع، ولا يلزم إذا أعتق إحدىٰ أمتيه؛ لأن الاستدراك هناك لا يتقدر بمدة، ولأن العدة مدة تفضي إلىٰ البينونة، جعل له إبطالها فصح إبطالها بالوطء كمدة الإيلاء، وكذلك إن جامعته وهو نائم أو مجنون؛ لأن جماعها له علىٰ هذا الوجه يتعلق به من الحكم ما يتعلق بجماعه لها، فَجَرَيَا مجرىً واحداً، وإن لمسها بشهوة أو نظر إلىٰ فرجها بشهوة فهو مراجع؛ لأن هذا الاستمتاع في الحرة يختص بالنكاح فهو كالوطء، وأما إن لمس أو نظر لغير شهوة لم تكن رجعة؛ لأن ما كان لغير شهوة لا يقف علىٰ النكاح، ألا ترىٰ أن القابلة والطبيب ينظر إلىٰ الفرج.

قال: ولا يكون النظر إلىٰ غير الفرج لشهوة رجعة؛ لأن ذلك ليس باستمتاع مقصود، ولو مسته لشهوة مختلسة، أو كان نائماً فاعترفت أنه كان لشهوة فهو رجعة عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ليس برجعة.

لأبي حنيفة [ومحمد]: أن لمسها له يتعلق به من الحكم ما يتعلق بلمسه لها، فجرىٰ أحدهما مجرىٰ الآخر، وهذا صحيح علىٰ أصله في الجارية المشتراة إذا لمست المشتري بشهوة.

---

(١) في أ (تصحّ).

(٢) أي: لا تصح بالفعل مع القدرة علىٰ القول، كالنكاح. انظر: المهذب ٤/٣٧٦؛ المنهاج ص٤٢٩؛ رحمة الأمة ص١٩٣.

وأما أبو يوسف فقال في مسألة الخيار: إذا لمسته يبطل خياره، وقال: هاهنا لا تكون رجعة، قال: لأن الخيار يجوز أن يبطل بغير فعل المشتري إذا دخل المبيع نقص، والرجعة لا يجوز أن تثبت بغير اختيار الزوج، وعلىٰ أن بِشْراً روىٰ عنه: أن فعلها لا يكون رجعة ولا فعل الأَمَة يكون إجازة للبيع، فعلىٰ هذه الرواية لا يحتاج إلىٰ الفرق.

وأما محمد فقال: إسقاط الخيار إدخال الشيء في ملك المشتري، والأَمَة لا تملك ذلك، وأما الرجعة فالمرأة علىٰ ملكه، فإذا جعلناه مراجعاً (بفعلها)[1] لم تملكه ما لم يكن مالكاً له، فكذلك صحت الرجعة. وقد قال أبو يوسف: إذا لمسته فتركها وهو يقدر علىٰ منعها كان ذلك رجعة؛ لأنها لما بقيت علىٰ اللمس باختياره؛ صار كأنه لمسها، وكذلك قال: إذا ابتدأت اللمس وهو مطاوع لها.

قال محمد: ولو صَدَّقها [١١٢/ب] الورثة بعد موته أنها لمسته بشهوة كان ذلك رجعة؛ لأن الورثة قاموا مقامه، فكأنه صدَّقها قبل موته.

قال: ولو شهد الشهود أنها قَبَّلته بشهوة لم تقبل الشهادة؛ لأن الشهوة معنىٰ في القلب لا يشاهدونه، فلا تقبل شهادتهم فيه، وإن شهدوا علىٰ الجماع جاز؛ لأن الجماع معنىٰ يشاهدونه ولا يحتاج فيه إلىٰ شرط [الشهوة][2].

قال: ولو نظرت إلىٰ فرجه بشهوة فإن أبا يوسف قال: قياس قول أبي حنيفة؛ أن يكون رجعة، وقال أبو يوسف: هذا فسخ ولا يكون رجعة، وهذا علىٰ ما بيّنا أن نظرها إلىٰ فرجه كنظره إلىٰ فرجها في باب التحريم فكذلك في الرجعة.

---

(١) زيادة في ب وغير موجودة في أ.

(٢) في ب (الشهود) والمثبت من أ.

قال محمد في الزيادات: وإذا نظر إلى دبرها موضع الجماع منه بشهوة لم يكن ذلك رجعة؛ وهو قول محمد الآخر[1] وقياس قول أبي حنيفة، لأن هذا السبيل لا يجري مجري الفرج، ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب [الحد][2]، فصار النظر إليه كالنظر إلى سائر البدن.

وقال أبو يوسف: ويكره له القُبْلة بغير شهوة، واللمس إذا لم يرد الرجعة، ويكره أن يراها [متجردة][3] بغير شهوة؛ وذلك لا يأمن أن يشتهي فيصير مراجعاً من غير إشهاد، وهو لا يريد إمساكها، فيطلقها وتطول العدة عليها، وقد نهى الله تعالى عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة: ٢١٣] قال أبو يوسف: والأحسن إذا دخل عليها أن يتنحنح ويسمعها خفق نعليه ليس من أجل أنها حرام ولكن لا يأمن أن يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة من غير إشهاد.

وقد قال أصحابنا: إن الطلاق الرجعي لا يوجب تحريم الوطء[4]، وكان أبو عبد الله البصري يختار أن يوجب التحريم، وهو قول الشافعي، وزاد الشافعي فقال: إن وطئها قبل الرجعة فعليه المهر[5]. وهذه المسألة التي ذكرها أبو يوسف نص في نفي التحريم.

لنا: أنه يصح ظهاره منها وإيلاؤه، ويثبت بينها وبينه اللعان، فلم يجب عليه بوطئها عوض كسائر الزوجات، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ

(١) في أ (الأخير).
(٢) في ب (الحل) والمثبت من أ.
(٣) في ب (مجردة) والمثبت من أ.
(٤) في أ (التحريم).
(٥) انظر: المهذب ٣٧٦/٤؛ المنهاج ص٤٣٠؛ رحمة الأمة ص١٩٣.




بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فسماه بعلاً، والتحريم والطلاق[1] ينفي هذا الاسم؛ ولأنه لفظ طلاق لا يزيل الملك فلا يوجب التحريم، كطلاق المُكْرَهِ والطلاق المُعَلَّق بالشرط، وقول أصحابنا: أنه لا يسافر بها ليس من قِبَلِ التحريم؛ لكن لأن خروجها من منزلها في العدة لا يجوز.

١٦٢٧ - [فَصْل: في تعليق الرجعة]

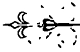
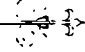
وإذا قال الزوج بعد الطلاق: إذا جاء غدٌ فقد راجعتك، وإذا دخلت الدار أو إذا فعلت كذا، فليس ذلك برجعة عندهم جميعاً؛ لأن الرجعة استدراك حقٍ فلا يتعلق بالشرط كإسقاط الخيار، ولأنه تبقية للملك، فهو كابتداء الملك فلا يتعلق بالشرط.

قال: وإذا قال في العدة: كنت راجعتك أمس وكذبته، فالقول قوله لأنه أخبر عما يملكه في الحال، فصار [١١٣/أ] كالوكيل قبل العزل إذا قال: قد بعته أمس، ولأن الزوج يملك الرجعة في الحال، فإذا لم تصدقه في تقدمها صار كأنه راجعها في الحال، وإن قال بعد انقضاء العدة: [قد] كنت راجعتكِ وكذبته، فالقول قولها؛ لأنه أخبر عن الرجعة في حال لا يملكها كالوكيل بعد العزل إذا قال: قد كنت بعته، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة، وهي [إحدىٰ المسائل المعدودة التي][2] لا يستحلف فيها، وقد قدمناها في [كتاب] النكاح، فإن أقام بيّنة علىٰ ذلك صحت الرجعة؛ لأن الشهود ينقلون رجعته في العدة، فكأنَّ القاضي سمع ذلك.

---

(١) في أ (بالطلاق).

(٢) في ب (إحدىٰ مسائل معدودة) والمثبت من أ.

وإن قال لها: راجعتك، فقالت مجيبة له: قد انقضت عدتي؛ فالقول قولها مع يمينها عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الزوج.

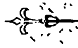
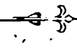
لأبي حنيفة: أن المرأة في العادة لا تخبر بانقضاء عدتها مع انقطاع الدم لجواز أن يعاودها [الدم]، فإذا أخبرت بذلك مجيبة له، فالظاهر أن الانقطاع تقدم علىٰ قوله، فصار كأنها قالت: انقضت عدتي، فقال [الزوج]: قد راجعتك؛ ولأنها أمينة فيما تخبر، فما أمكن حمل قولها علىٰ الصحة كان أولىٰ، ويُمكن حمل ذلك علىٰ الصحة؛ لأن الانقطاع يجوز أن يكون مع [قوله]، وليس كذلك الموكِّل إذا قال للوكيل: قد عزلتك، فقال مجيباً له: قد كنت بعت؛ لأن [البيع] لا يجوز أن يوجد مع قوله، ولو تقدم علىٰ الحال لأظهره.

وجه قولهما: أن رجعة الزوج لا تقف علىٰ [قولها][1]، فلما قال: قد راجعتك، صحت الرجعة، فقولها: انقضت عدتي ولا عدة، لا يلتفت إليه كما لو سكتت ساعة ثم قالت ذلك، والقول قولها عند أبي حنيفة مع يمينها؛ لأنها بنكولها تبذل الامتناع من الأزواج والكون في منزل الزوج، وهذا المعنىٰ يصح بذله، فإن قيل: إذا نكلت صَحَّت رجعة الزوج، والرجعة لا يَصِحُّ بذلها، قلنا: إنما يثبت بنكولها العدة، والرجعة يملكها الزوج من طريق الحكم لا بقولها، فصار كالنسب الذي يثبت بالفراش عند شهادة المرأة بالولادة، وإن لم يثبت بشهادتها[2].



(١) وفي أ (قبولها).

(٢) انظر: الأصل ٣٩٦/٤ وما بعدها؛ شرح مُختصر الطحاوي ١٣٩/٥ وما بعدها.

بَابُ
تشبيه الطلاق بماله عددٌ أو لا عدد له



قال أبو الحسن: إذا قال [الرجل] لامرأته: أنت طالق كألف، فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث، وإن نوى واحدة [بائنة] فهي واحدة بائنة، وإن لم يكن له نية فواحدة بائنة في قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الآخر.

وقال محمد: هي ثلاث، فإن نوى واحدة دينته فيما بينه وبين الله تعالى، ولم أدينه في القضاء لما أن تشبيه الشيء بالشيء يقتضي اجتماعهما في صفة واحدة، ولا يوجب اشتراكهما في كل وجه، فإذا شبه التطليقة بالألف احتمل أن يكون التشبيه في العدد واحتمل في الشدة، فإن نوى ثلاثاً فقد نوى ما يحتمله لفظه، وإن نوى واحدة فقد نوى التشبيه في الشدة، وذلك يحتمله كلامه، وإن لم يكن له نية وجب حمل الأمر على المتيقن وهو الأدون.

لمحمد أن قوله: كألف، تشبيه من حيث العدد فصار كقوله: كعدد ألف، ولو قال أنت طالق [١١٣/ب] واحدة كألف، فهي واحدة بائنة في قولهم؛ لأنه لما صرح بالواحدة علم أنه أراد [بالتشبيه] الشدة دون العدد فيحمل على ذلك.

قال: ولا يكون ثلاثاً وإن نوى؛ لأن الواحدة لا تحتمل الثلاث، ومن نوى ما لا يحتمله كلامه لم يقع.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف قال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق كعدد ألف، أو كعدد ثلاثٍ، أو مثل عدد الثلاث، [أو مثل عدد ألف] فهي ثلاث في




القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالىٰ، وإن نوىٰ غير ذلك فنيته باطلة؛ وذلك لأنه شبّه الطلاق بالألف من حيث العدد، فصار كمن قال: أنت طالق ثلاثاً ينوي واحدة، ولو قال: أنت طالق مثل عدد كذا، وأشار[1] إلىٰ شيء ليس له عدد فهو في قول أبي يوسف واحدة يملك الرجعة، وفي قياس قول أبي حنيفة بائن.

لأبي حنيفة: أنه وصف الطلاق بضرب من الزيادة، فإذا لم [يرد][2] العدد لم يبق إلا البينونة.

لأبي يوسف: أنه لما شبهها بما[3] لا عدد له، لغا ذكر العدد، فكأنه قال: أنت طالق، قالوا: فيمن قال لامرأته: أنت طالق عدد شعر راحتي، أو عدد ما علىٰ ظهر كفي من الشعر، وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة؛ لأنه شبهها بما لا عدد له، ولو قال: عدد شعر كفي، أو عدد شعر رأسي وقد حلقه طلقت ثلاثاً؛ لأن شعر رأسه ذو عدد وإن لم يكن موجوداً في الحال فقد شبهها بما له عدد فوقع. وقال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق مثل الجبل، أو مثل حبة الخردل، فإنها طالق واحدة بائنة. وقال أبو يوسف: يملك الرجعة.

لأبي حنيفة: أنه وصف الطلاق بضرب من الزيادة، والزيادة إما أن تكون في عدده أو صفته، فوجب إيقاع المتيقن وهو زيادة الصفة.

لأبي يوسف: أن الجبل لا عدد له، فاحتمل أن يكون التشبيه في توحد الجبل فلا يقتضي البينونة، ولو قال مثل عظم الجبل أو مثل عظم كذا، فأضاف

---

(١) في ب (وأضاف) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يفد) والمثبت من أ.

(٣) في أ (بعدد ما) والمثبت من ب.

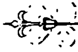
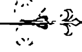
ذلك إلىٰ صغير أو كبير، فإن أبا حنيفة قال: [هذا] واحدة بائنة وإن لم يسم واحدة، فإن نوىٰ ثلاثاً فهي ثلاث، وهو قول أبي يوسف؛ وذلك لأنه شبهها بالجبل في عظمه، فاقتضىٰ [هذا] زيادة علىٰ ما يقتضيه الطلاق، فإن كان سمىٰ واحدة فالزيادة فيها لا تكون إلا بالبينونة، (وإن لم يسمِّ واحدة)[1] احتملت الزيادة الثلاث والبينونة، فيحمل علىٰ ما نوىٰ.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: أنتِ طالق هكذا وأشار بأصبع واحدة فهي واحدة يملك الرجعة، وإن أشار بثلاث فهي ثلاث، وإن أشار باثنتين فهي اثنتان؛ وذلك لأن الإشارة تفيد العدد بدلالة قوله ﷺ: «**الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وأشار بأصابعه**»، وإذا اقتضت الإشارة العدد، صار كقوله أنت طالق ثلاثاً.

وأصلٌ آخر: أن الإشارة يعتبر فيها عدد ما أرسله من أصابعه دون ما قبضه، ألا ترىٰ أنه ﷺ قال: «**الشهر هكذا وهكذا وهكذا**»، وقبض (إبهامه)[2] في الثالثة[3]، فلو اعتبر المقبوض كان الشهر أحداً وعشرين يوماً، فدل علىٰ أن الإشارة يعتبر فيها ما أرسله، وإن قال: أنت طالق مثل هذا أو (هذا)[4]، وأشار [١٢٣/ب] بثلاث أصابع، فإن نوىٰ ثلاثاً فثلاث، وإن نوىٰ واحدة فواحدة بائنة؛ لأنه شبهها بما له عدد فصار كأنه قال: أنت طالق كألف، فإذا نوىٰ به الواحدة كان التشبيه من حيث الشدة.



(١) في أ (فإن لم يكن سمّىٰ واحدة).
(٢) في أ (إحدىٰ أصابعه).
(٣) أخرجه البخاري (١٨٠٩) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٠٨٦).
(٤) في أ (هكذا).

بَابُ
المطلقة تطلق في العدة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الطلاق الصريح يقع على المطلقة ما دامت في العدة، سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن، أما المطلقة الرجعية فهي زوجته بدلالة أنه يصح منها ظهاره وإيلاؤه، ويثبت اللعان بينهما فصارت كغير المطلقة؛ وأما المبتوتة فيلحقها صريح الطلاق عندنا.

وقال الشافعي: لا يلحقها[1].

لنا: أنها معتدة من طلاق، فمن كان أحق بنكاحها وقع طلاقه عليها كالرجعية، ولا يلزم المعتدة من وطء بشبهة؛ لأنها غير معتدة من طلاق، ولا يلزم إذا اشترى زوجته لأنه ليس أحق بنكاحها، ولأنها ليست بمطلقة.

وقد قالوا: إن المبتوتة يلحقها صريح الطلاق وما هو في حكم الصريح، وقال أبو يوسف: إذا قال لها: اعتدي، لم يقع عليها شيء، أما الصريح فلأنه موضوع لنقصان العدد، والعدد في ملكه، فكذلك ملك إيقاعه، وأما ما هو في حكم الصريح فلأن مقتضاه الطلاق الرجعي فصار كالصريح.

لأبي يوسف أن قوله: اعتدي، كناية، فصار كقوله: أنت حرام.

وأما ألفاظ الكنايات التي تقتضي البينونة فإنها لا تقع على المبتوتة؛ وذلك

(١) انظر: المهذب ٤/٣٠٦.

لأن الطلاق لا يقع بها إلا [بالنية][1] ، وهو إذا نوىٰ إبانتها أو تحريمها ، فقد نوىٰ أن يفعل ما هو مفعول ، فتلغو نيته ، ويبقىٰ بمجرد الكناية من غير نيةٍ فلا يقع به شيء.

وقد قال أصحابنا: إذا قال الرجل لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق[2] أو حرام ، ثم أبانها ثم دخلت الدار وقعت عليها تطليقة بالشرط إن كانت في عدتها ، وقال زفر: لا يقع عليها.

لنا: أنه لما عقد اليمين وهي زوجته فقد نوىٰ الإبانة وليست بموجودة ، فعملت نيته وصحت يمينه ، فإذا أبانها ثم وجد الشرط وقع الطلاق بلفظ قد صح وصفه للطلاق (فيقع)[3] ، وليس كذلك إذا ابتدأ الإبانة لأن نيته لا تصح ، ألا ترىٰ أنه نوىٰ إبانة البائن فيلغو نيته وتبقىٰ كناية بغير نية فلا يقع.

فإن قيل أليس لو ابتدأ الظهار في حال العدة لم يصح ، ولو علقه بشرط قبل الطلاق ثم أبانها ووجد الشرط لم يصح ، فهلا قلتم في الكناية مثله.

فالجواب: أن الظهار إنما لا يصح في المبتوتة ؛ لأنه يقتضي تحريمًا مؤقتاً يرتفع بالكفارة ، والبينونة أوجبت تحريماً لا يرتفع إلا بنكاح ، فلم يدخل أضعف التحريمين علىٰ أقواهما ، وهذا المعنىٰ موجود في الظهار المبتدأ والمعلق.

فإن قيل: أليس لو قال لها بعد البينونة اختاري ، فاختارت في العدة لم يقع شيء ، ولو قال لها قبل البينونة: إذا جاء غد فاختاري ثم أبانها ، فاختارت في الغد لم يقع شيء ، فاستوىٰ الاختيار المبتدأ والمعلق بشرط.

---

(١) في ب (بائنًا) والمثبت من أ.
(٢) في أ (بائن).
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.




فالجواب: أن الاختيار يعتبر فيه اختيارها [دون] تخييره، والطلاق المعلق بالشرط يعتبر فيه اليمين دون الشرط، ولهذا قالوا: [١١٤/أ] إذا شهد شاهدان باليمين، وشاهدان بالدخول، ثم رجعوا ضمن شاهدا اليمين دون شاهدي الدخول، ولو شهد شاهدان بالتخيير، وشاهدان بالاختيار ثم رجعوا، ضمن شاهدا الاختيار دون شاهدي التخيير، فإذا كان المعتبر الاختيار، والاختيار قد حصل بعد البينونة في الوجهين لم يقع.

وجه قول زفر: أن ما لا يصح أن يبتدئه في العدة لا يقع وإن تعلق بالشرط كالظهار.

قال: ولا يقع على بائن ظِهار ولا إِيلاء ولا لِعان، أما الظهار فقد بيّنا أن تحريمه أدون من تحريم الطلاق، (ولا يدخل أضعف التحريمين على أعظمهما)[1]، فأما الإيلاء فلأنه: ثبت عقوبة للزوج حين قصد إلى منع حقها من الوطء، ولا حق للمبتوتة في الوطء.

وأما اللعان: فإنه موضوع لقطع الفراش، وقد انقطع الفراش بالبينونة، وكذلك إن علق الظهار أو الإيلاء بشرط، ثم أبانها فوجد الشرط لما قدمنا، فإن آلى منها ثم أبانها وانقضت مدة الإيلاء [وهي] في العدة وقع عليها الطلاق، لأن تقدير المولى عندنا كمن قال: أنت [طالق] بمضي أربعة أشهر لا أفي فيها، ومن علق الطلاق بمضي المدة فمضت في العدة من طلاق بائن وقع الطلاق، وكل فرقة توجب تحريماً مؤبداً، [فإنَّ][2] الطلاق لا يلحق المرأة بعدها ؛ لأن الطلاق

(١) في أ (فلا يدخل أخف التحريمين على أغلظهما).
(٢) في ب (لأن) والمثبت من أ.

يوجب تحريماً مؤقتاً، والمؤقت أضعف من المؤبد، فلا يدخل أضعف التحريمين على آكدهما، وكذلك إذا اشترى امرأته، وذلك لأنها صارت بحيث لا يلحقها [طلاق بحال][1] مادامت على هذه الصفة، فهي كالمحرمة تحريماً مؤبداً.

فأما إذا قال لامرأته وهي أَمَةٌ: أنت طالق للسُّنَّة، ثم اشتراها وجاء وقت السُّنَّة لم يقع [عليها] شيء؛ لأنها غير معتدة، والطلاق المعلق بالشرط إنما يقع مع بقاء العدة، فإن قال العبد لامرأته وهي حرة: أنت طالق للسُّنَّة ثم أبانها، ثم جاء وقت السُّنَّة وقع عليها الطلاق، لأنها معتدة منه؛ فوزانها من الفصل الأول: إذا اشترى امرأته فأعتقها ثم جاء وقت السُّنَّة وقع عليها الطلاق، لأنها معتدة منه.

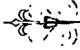
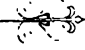
قال: وإذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه؛ وذلك لأن العصمة قد انقطعت بلحاقه فلا يقع طلاقه، كما لا يقع بعد العدة، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع طلاقه عليها؛ وذلك لأن المانع من الطلاق اختلاف الدارين وقد زال، فإن ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها؛ لأن العصمة قد انقطعت بلحاقها، فصارت كالمنقضية العدة، فإن عادت قبل الحيض لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة؛ لأن العدة سقطت عنها باختلاف الدارين، فلا تعود إلا بعود سببها، وعلى قول أبي يوسف: أن العدة باقية، وإنما كان لا يقع الطلاق لاختلاف الدارين، فإذا رجعت (فقد عدم ذلك المعنى)[2] فوقع الطلاق عليها[3].



(١) في ب (لحال) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/١٣٤ وما بعدها.

بَابُ
الطلاق بالفارسية



قال الشيخ رحمه الله: الأصل الذي يعتبر في هذا الباب [١١٤/ب] أن الفارسية إذا كان فيها لفظ مستعمل في الطلاق لا يستعمل في غيره، فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق بغير نية؛ لأن هذه العلة هي الموجبة للوقوع بصريح الطلاق من غير نية، والصريح لا يختلف باللغات وإن لم يكن فيها لفظ [صريح، وإنما فيها لفظ] يستعمل في الطلاق وغيره فهي ككنايات العربية لا يقع به الطلاق إلا بمعنىٰ [ينضمّ][1] إليه، وهذه الجملة هي [المعتبرة][2]، وما أجاب به أصحابنا (صريح، قلنا: فيها لفظه)[3] فإنما سألوا عن معنىٰ الصريح بالفارسية فوجدوها: خلية، فحملوها علىٰ لفظ العربية، وليس يمتنع أن تكون التخلية كناية في العربية وصريحاً في غيرها، ونحن نتكلم علىٰ ما ذكروه.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في فارسي قال لامرأته (بهشتم [أو تهشتم] أزْ زني، أو قال أزْ زني بهشتم)، فإن أبا حنيفة قال: لا يكون طلاقًا إلا أن ينوي الطلاق، لأن تفسير هذه الكلمة بالعربية (التخلية) والتخلية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

قال: وإن كان ذلك في غضب أو جواب، فهو باطل إلا أن ينوي الطلاق؛

(١) في ب (يتضمن) والمثبت من أ.
(٢) في ب (المعتدة)، والمثبت من أ.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وذلك لأن هذه اللفظة أقيمت مقام لفظة التخلية، فهي أضعف منها فلا تؤثر فيها دلالة الحال.

قال: فإن نوىٰ الطلاق بغير نية بائن ولا عدد، فهي طالق واحدة يملك الرجعة، وإن نوىٰ بائناً فبائن، وإن نوىٰ ثلاثاً فثلاث؛ وذلك لأنه لمّا لم ينوِ إلا الطلاق احتمل أن تكون هذه اللفظة صريحاً فتقتضي الرجعة، واحتمل أن تكون كناية فلم تقع بها البينونة بالشك، فإن نوىٰ البائن كان بائناً؛ لأن لفظة التخلية تحتمل ذلك، وكذلك إذا نوىٰ الثلاث كالعربي إذا قال: (خليت) ينوي ثلاثاً، وإن نوىٰ اثنتين فهي واحدة يملك الرجعة؛ وذلك لأن لفظة التخلية لا تفيد العدد، فإذا نواه لغا.

قال: وقال أبو يوسف خلاف ذلك، فقال: إذا قال: (بهشتم أزْ زني)، أو قال: (أزْ زني بهشتم) فهو طلاق، نوىٰ الطلاق أو لم ينوِ إذا كان جواباً[1]، أو كان حال الغضب أو الرضا، فهو طلقة رجعية؛ وذلك لأن أبا يوسف خالط العجم ودخل[2] جرجان فعرف أن هذه اللفظة صريح في لغتهم، فأوقع بها ما يقع بالصريح.

قال: فإن قال: (بهشتم)، ولم يقل: (أزْ زني)، فإن كانت سألته الطلاق فأجابها بذلك، أو كان في غضب فهي واحدة، يملك الرجعة ولا يدين في القضاء، وإن قال: عنيت به الترك لها في الخروج أو في النفقة، دُيِّنَ بينه وبين الله تعالىٰ، ولم يدين في القضاء؛ وذلك لأن (بهشتم) معناها: خليت، وليس هذا يختص بالنكاح ولا بالزوجة، فلا يحمل عليه إلا بدليل حال أو نيّة، فإن

(١) في أ (إذا كان جواب طلاق).

(٢) في أ (ورحل).

وجد الدليل صار صريحاً فلم يصدق في صرفه عن ظاهره في القضاء، وإن نوىٰ به بائناً فبائن، وإن [نوىٰ] ثلاثاً فثلاث؛ وذلك لأن هذا الصريح إذا كان معناه التخلية وهي تفيد البينونة والعدد؛ جاز أن يحمل عليه بالنية، وليس يمتنع أن يختلف صريح العربية والفارسية فيما يتضمن من [١١٥/أ] المعاني.

قال: وإن قال: (بهشتم) (في غير الجواب والغضب)[1] ولم ينوِ طلاقاً، فالقول قوله في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ، وهذا لما قدمنا.

وقال ابن رستم عن محمد: هذا كلام ضيق يأتي علىٰ هذا كله [إذا قال: (بهشتم)] في حال غضب ومذاكرة طلاق (ثم قال: لم أنوِ بذلك طلاقاً، دُيِّن في ذلك إذا لم يكن ذلك في ذكر طلاق)[2] ولم يكن جواباً؛ لأنه في تفسير العربية بمنزلة قوله: (أنت مخلاة وقد خليتك)، وأما الطلاق بالفارسي الذي لا ندينه فمثل الرجل يقول لامرأته: (أزْ زني بهشتم)، وهو ينوي الطلاق فهذا عندنا طلاق، وقد بينا وجه ذلك.

وقال الحسن عن زفر: إن قال: بهشتم، وهو ينوي الطلاق لا ينوي بائناً أو غيره فقد بانت، وإن نوىٰ اثنتين فهي اثنتان (بائنتان)[3]، وإن نوىٰ ثلاثاً فثلاث؛ وذلك لأنه حمله علىٰ معنىٰ التخلية فيقع به الطلاق البائن بغير نية في البينونة، وإن نوىٰ اثنتين أو ثلاثاً وقع علىٰ أصله في الكنايات العربية.



(١) في أ (من غير غضب ولا جواب).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) الكلمة ساقطة من أ.

بَابُ
الرجل يجعل أمر امرأته بيدها



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا قال الرجل لامرأته: أمرك بيدك، وهو يريد الطلاق وهي تسمع، فأمْرُها بيدها، فإن لم تسمع أو كانت غائبة فأمرها بيدها إذا علمت أو بلغها ذلك في المجلس الذي علمت فيه بالخيار.

قال الشيخ رحمه الله: الأصل في ذلك أن الزوج يملك إيقاع الطلاق فملك أن يفوضه إلىٰ غيره كالبيع والشراء وسائر التصرفات، وإنما قلنا إنه يقف علىٰ علمها؛ لأن ما [طريقه][1] الأقوال يقف علىٰ العلم (كأقوال)[2] صاحب الشريعة، فإن كانت تسمع فالأمر إليها في مجلسها لأنه (ملّكها)[3] الطلاق، والتمليك مؤقت بالمجلس كخيار القبول، وإن كانت غائبة فهو علىٰ وجهين:

إن أطلق الكلام فلها الخيار في المجلس الذي بلغها؛ لأنه لم يخصص التفويض بوقت، فإذا علمت صار كأنه فوض إليها الآن فيقف علىٰ المجلس.

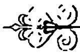
وأما إن جعل إليها الأمر مؤقتاً بوقت فإن بلغها مع بقاء شيء من الوقت فلها الخيار في بقية الوقت، وإن مضىٰ الوقت قبل أن تعلم ثم علمت به فلا خيار لها؛ لأنه خص التفويض بزمان، فإذا مضىٰ بطل علمت أو لم تعلم.

---

(١) في ب (ما طرأ يفيد) والمثبت من أ.

(٢) في أ (كأمر).

(٣) في أ (يملكها).




قال: وإذا علمت فقالت: قد اخترت نفسي؛ بانت بواحدة ولا تحل له إلا بنكاح مستقبل؛ وذلك لأن الاختيار [يفيد][(١)] البينونة قياساً على الخيار الطارئ على النكاح وهو خيار المعتقة، فإذا كان الزوج أراد [ثلاثًا][(٢)] بقوله: أمركِ بيدكِ، فقالت: قد اخترت نفسي فهي ثلاث؛ وذلك لأن تفويض الأمر عام في الواحدة والثلاث، فإذا نوى به ثلاثاً حمل اختيارها على ما نوى.

قال: فإن أراد اثنتين أو واحدة أو لم تكن له نية في عدد فهي واحدة؛ وذلك لأن قوله: جعلت أمرك [بيدك][(٣)] في معنى كنايات الطلاق؛ [١١٥/ب] بدلالة وقوفه على النية والكناية فحمل على الواحدة إلا أن ينوي ثلاثاً، ولا يحمل على الاثنتين [وإن نوى][(٤)].

قال: وليس للزوج بعد قوله: (أمرك بيدك) أن يرجع عن ذلك، ولا ينهى المرأة عما جعل إليها ولا يفسخ ذلك؛ لأن الطلاق إذا [تمَّ] لم يلحقه الفسخ، فإيجابه يتأكد بحسب تأكد جملته فلا يصح الرجوع عنه، ولما كان البيع يلحقه الفسخ بعد تمامه ضعف إيجابه فجاز الرجوع عنه؛ ولأنه لما علق الطلاق باختيارها صار كمن علق بشرط ثم رجع عنه.

قال: وكذلك إن قام هو عن المجلس فالأمر بيدها [ما دامت][(٥)] في مجلسها؛ لأن قيامه إعراض عما هو فيه، فإذا كان لا يبطل بإبطاله لم يبطل بإعراضه، وليس

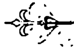
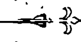
(١) في ب (يفسد) والمثبت من أ.

(٢) في ب (شيئًا) والمثبت من أ.

(٣) في ب (إليك) والمثبت من أ.

(٤) الزيادة من أ.

(٥) في ب (ما كانت) والمثبت من أ.

كذلك الموجب للبيع إذا قام؛ لأن الإيجاب يبطل بإبطاله فيبطل بإعراضه.

قال: والأمر إليها ما دامت في مجلسها وإن تطاول؛ لأن الحكم المتعلق بالمجلس يبقىٰ ببقاء المجلس، وإن طال ما لم يحصل (الإعراض)[1] عنه كقبول البيع، فإن قامت بطل؛ لأن القيام يدل علىٰ الإعراض.

وكذلك إن كان منها كلام أو فعل يكون تركاً للجواب وإعراضاً عنه، مثل أن تدعو بطعام أو تأمر وكيلها بشيء، أو تقبل علىٰ رجل تخاطبه ببيع أو شراء؛ وذلك لأن هذه الأفعال تدل علىٰ الإعراض عما جعل إليها [فكانت][2] كقيامها، وكذلك إن كانت قاعدة فقامت؛ لأن القاعد يجتمع رأيه، فإذا أرادت الفكر لم تقم، فلهذا قالوا: لو كانت قائمة فقعدت لم يبطل خيارها؛ لأن القعود (عند العزم علىٰ الفكر أجمع للارتياء)[3] فلا يدل ذلك علىٰ الإعراض، (فإن كانت قائمة فركبت بطل خيارها؛ لأن التشاغل بالركوب إعراض)[4]، وكذلك إن كانت علىٰ دابة فانتقلت إلىٰ دابة أخرىٰ، وإن كانت سائرة أو كانا في مَحْمِلٍ واحد، فإن اختارت علىٰ الفور وإلا بطل خيارها؛ لأن السير عمل فهو في حكم المجلسين.

قال: وإن ابتدأت الصلاة بطل خيارها؛ لأنها تشاغلت بغير الخيار، فإن كانت في [صلاة] فريضة فخيَّرها، لم يبطل خيارها حتىٰ تخرج من الصلاة؛ لأنها ممنوعة من قطع الفريضة، فلا يُستدل بإتمامها علىٰ الإعراض، وإن كانت في تطوع لم يبطل خيارها حتىٰ تتم ركعتين من النفل لأنها ممنوعة من قطعها، فإن

---

(١) في أ (إعراضه).

(٢) في ب (فصار) والمثبت من أ.

(٣) في أ (ليجتمع رأيها وفكرها).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

زادت على الركعتين بطل خيارها ؛ لأن التشاغل بما زاد على الركعتين في النفل كالدخول في صلاة أخرى ، وكذلك إن امتشطت أو اغتسلت ؛ لأنه عمل يدل على الإعراض ، وكذلك إن أخذ الزوج بيدها فأقامها ؛ لأنها تقدر أن تمتنع منه ، ولو لم تقدر لأمكنها أن تقول: اخترت نفسي ، وكذلك إن وطئها الزوج ؛ لأن تمكينها له من الوطء دلالة على أنها لم تختر الفرقة .

فإن لبست ثوباً أو أكلت شيئاً يسيراً من غير أن تدعو بطعام لم يبطل خيارها ؛ [وذلك] لأن اللبس يحتاج إليه لتستتر به عمن يحضرها من الشهود ، والأكل اليسير لا يدل على الإعراض [١١٦/أ] فإن كانت متَّكِئة فقعدت لم يبطل خيارها ؛ لأن المتكئ إنما يجلس ليجتمع فكره ، ولو كانت جالسة فاتكأت ، بطل خيارها في إحدى الروايتين ؛ لأن المرء إذا كان متكئاً جلس فأما إن يتكئ فلا ، وعلى الرواية الأخرى يقول: [لا يبطل خيارها] ؛ لأن (المفكر)[1] تارة ينتقل من الاتكاء إلى القعود ، وتارة من القعود إلى الاتكاء ، فجريا مجرى واحداً ، فإن سبّحت أو قرأت شيئاً قليلاً لم يبطل خيارها وإن طال بطل ؛ لأن التسبيح اليسير والقراءة القليلة لا يخلو الإنسان عنها ، وقد يفعلها عند الاستخارة فلا يدل على الإعراض ، فإذا طال ذلك دل على الإعراض ، فيبطل خيارها .

ولو قالت: ادعو لي شهودًا أشهدهم ، لم يبطل خيارها ؛ لأن هذا من عمل الخيار ، ألا ترى أنها تحتاج إلى الشهود حتى لا يجحد الزوج اختيارها ، (والعمل)[2] في الخيار ليس بإعراض ، وعلى هذا قالوا: إذا قالت: ادعو لي أبي أستشيره ؛ لأن المشورة من عمل الخيار .

---

(١) في أ (المتكئ) .

(٢) في أ (فالأخذ) .

وقد روي أن رسول الله ﷺ لما خير نساءه قال لعائشة قبل ذلك: «**إني أعرض عليك أمرًا فلا تعجلي حتى تستشيري أباك**»[1] ، فدل على أن المشورة لا تبطل الخيار.

قال: فإن قامت من مجلسها ، أو قطعت المجلس بكلام ، لم يعد الأمر في يدها بذلك الجعل أبداً ؛ وذلك لأنه ملكها الطلاق ، فإذا أعرضت عنه فقد ردت التمليك ، فيصير كإيجاب البيع إذا رد.

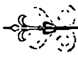
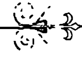
قال: وليس لها أن تختار إلا مرة واحدة ؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار ، فإن قال لها: أمرك بيدك كلما شئت ، فأمرها بيدها في ذلك المجلس (وغيره)[2] ، ولها أن تطلق نفسها في كل مجلس واحدة حتى تبين بثلاث ؛ وذلك لأن كلما تقتضي تكرار الأفعال فيتكرر التمليك بتكرر المشيئة ، إلا أنها لا تطلق نفسها في مجلس واحد أكثر من تطليقة واحدة ؛ لأنه في كل مجلس كأنه قال لها: أمرك بيدك ، فإذا اختارت فقد استوفت موجب ذلك الأمر.

فإنما يتجدد لها الملك في مجلس ثانٍ بمشيئة مستقبلة ، فإذا استوفت ثلاث تطليقات ثم تزوجها بعد زوج ، فلا خيار لها ، لأنها استوفت طلاق ذلك الملك ، والزوج إنما مَلَّكَها ما كان يملك ، فما لا يملك لا يجوز أن يتملكه بتمليكه.

١٦٢٨ـ [فَصْل: قول الرجل: أمرك بيدك متى شئتِ]

فإن قال لها: أمرك بيدك إذا شئت ، أو متى شئت ، أو إذا ما شئت ، أو متى ما شئت ؛ فلها الخيار في المجلس وغير المجلس أن تختار مرة واحدة ولا يتكرر

(١) أخرجه مسلم (١٤٧٨) وغيره بلفظ (أبوك).
(٢) الجملة ساقطة من أ.

[لها] في هذا الخيار؛ وذلك لأن: «إذا» و«متى» يفيد الوقت، فكأنه قال: اختاري أي وقت شئت، فلا يختص بزمان دون زمان إلا أنه لا يفيد التكرار، وإذا استوفت ما جعل لها لم يكن لها بعد ذلك خيار.

١٦٢٩ - [فَصْل: اختيار المرأة الزوج في المجلس]

فإن اختارت في المجلس زوجها، خرج الأمر من يدها في (كلما) وفي غيره؛ وذلك لأن اختيارها للزوج رد للتمليك[١]، فيبطل ما جعل إليها في جميع الأوقات.

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال لامرأته: أمرك (إليك)[٢] هذا الشهر، فقالت: قد اخترتكَ، أو لا أختار [١١٦/ب] الطلاقَ؛ خرج الأمر من يدها في جميع الشهر؛ لأنه [تمليك][٣] واحد فيبطل بردٍّ واحد كتمليك البيع، وقال أبو يوسف: يبطل (اختيارها)[٤] في ذلك المجلس ولا يبطل في مجلس آخر؛ لأن ردها كقيامها، فإذا لم يبطل قيامها اختيارها في ذلك المجلس، فلا يبطل في المجلس الثاني، كذلك الرد.

١٦٣٠ - [فَصْل: قول المرأة: أنتَ عليّ حرام في جواب قول الزوج أمرك بيدك]

وإذا قال لها: أمرك بيدك، فقالت: أنتَ علي حرام، أو أنت مني بائن، أو أنا عليك حرام، أو أنَا منك بائن، فهو جواب (وهي طالق)[٥]، وهذه رواية عن

(١) في أ (لتمليكه).
(٢) في أ (بيدك).
(٣) في ب (تملك) والمثبت من أ.
(٤) في أ (خيارها).
(٥) في أ (وهو طلاق).




أبي حنيفة وأبي يوسف في [الإملاء][1] ؛ لأن هذه الألفاظ كلها تفيد الطلاق، فكأنها قالت: طلقت نفسي، وكذلك لو قالت: أنا حرام أو أنا بائن؛ لأن لفظ الطلاق المضاف إليها جواب عمّا جعل إليها، [فيقع الطلاق][2]، فإن (قالت)[3]: أنت بائن أو حرام، ولم تقل: مني، فهو باطل؛ لأن الزوج قد يتصف بهذه الصفة مع غيرها فلا يتخصص ذلك بطلاقها.

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: فإن قالت: أنت مني طالق؛ لم يقع شيء لأن الزوج لا يوصف بهذه الصفة، فإضافة الطلاق إلىٰ ما لا يوصف [بها][4]، لا يتعلق به حكم كإضافته إلىٰ الأجنبي، ولو قالت: أنا طالق، ولم تقل: منك، أو قالت: منك، فهي طالق؛ لأن المرأة توصف بالطلاق فيتعلق بوصفها به حكم.

وإن لم يرد الزوج (بأمرك بيدك) طلاقاً فليس بشيء، إلا أن يكون في ذكر طلاق أو غضب، فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ ولا يدين في القضاء؛ لأنه لفظ محتمل، ألا ترىٰ أنه يقول: أمرك بيدك في الخروج والانتقال، والمحتمل لا يقع به الطلاق إلا بالنية، ودلالة الحال تقوم مقام النية، فلا يصدق معها في القضاء، فإن ادعت المرأة أنه أراد الطلاق، أو أن ذلك كان في غضب أو في ذكر طلاق، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنها تدّعي عليه الطلاق وهو يجحد، فإن أقامت البينة أن ذلك كان في ذكر طلاق أو غضب قبلت بينتها؛ [لأنها أقامت البينة علىٰ

---

(١) في ب (الإيلاء) والمثبت من أ.
(٢) الزيادة من أ.
(٣) في أ (قال).
(٤) في ب (به).




معنىٰ يشاهده الشهود][1]، فإن أقامت البينة أنه نوىٰ لم تقبل؛ لأن [النية][2] معنىٰ لا يشاهده الشهود فلا يصح أن يرجع إليهم فيه[3]. اهـ



(١) في أ (لأنها قامت علىٰ معنىٰ بشهادة الشهود).

(٢) في ب (البيّنة) والمثبت من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٦٦ وما بعدها.

[٤١] بَابُ
الخِيَار[١]



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا قال الرجل لامرأته: اختاري! فهو مثل: (أمركِ بيدكِ)، في جميع ما ذكرنا إلا وجهاً واحداً: لا يقع به الثلاث وإن أرادها الزوج.

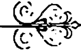
والأصل في هذا: أن القياس عندهم ألا يقع بقوله (اختاري) شيء وإن اختارت؛ لأن الزوج لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، فلا يجوز أن يفوض إليها به، وإنما تركوا القياس لأن رسول الله ﷺ خيّر نساءه[٢]، (فلو كان التخيير لا يقع به)[٣] [١١٧/أ] الفرقة لم يكن لتخييره معنىٰ، ولأن الصحابة أجمعت علىٰ أن المخيرة إذا اختارت في مجلسها وقع الطلاق، ولأنهم شبهوا التخيير بالخيارات الطارئة علىٰ النكاح، وهو خيار امرأة العِنِّين والمعتقة، وإذا ثبت هذا فاختيارها علىٰ المجلس، روي ذلك عن علي، وعمر، وعثمان، وابن مسعود، وجابر، وعبد الله بن عمر، وعائشة رضي الله عنهم، فإن اختارت زوجها فليس بشيء، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابن مسعود وآخرين، وكان أبو الدرداء يقضي بذلك بالشام، وعن علي: أنها تطليقة رجعية[٤].

(١) الخيار: طلب خير الأمرين.

(٢) انظر حديث مسلم (١٤٧٨).

(٣) في أ (ولو لم يقع بالتخيير).

(٤) انظر هذه الآثار في كتاب الآثار لمحمد بن الحسن ص ١١٤ ـ ١١٦.

لنا: ما روي عن عائشة أنها قالت: (خيّرنا رسول الله فاخترناه، فلم يكن ذلك طلاقاً)[1]؛ ولأن التخيير إنما هو في مفارقة الزوج أو البقاء على النكاح، واختياره يدل (على الإعراض عن ترك النكاح)[2]، وأما إذا اختارت نفسها فهي تطليقة بائنة[3].

وقال الشافعي: رجعية[4].

وقال زيد بن ثابت: ثلاث تطليقات.

لنا: أنه خيار طارئ على النكاح، فصار كخيار المعتقة فلا يتضمن العدد، [ويفيد البينونة] ولأن القياس أن لا يقع به شيء، وإنما (تركنا)[5] القياس للإجماع على وقوع الواحدة، فما زاد عليها على أصل القياس.

١٦٣١ - [فَصْل: الطلاق في حال اختيار نفسها إذا خيّرها الزوج]

وإذا قال الزوج: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت، أو قال لها: اختاري، فقالت: قد اخترت نفسي وقع الطلاق[6]، لا بد أن تكون النفس مذكورة في كلام الزوج أو جواب المرأة، [أو يكون في كلام][7] الزوج كناية عن تطليقة أو عن

---

(١) أخرجه البخاري (٤٩٦٢) بلفظ: (فلم يعد ذلك علينا شيئًا)؛ ومسلم (١٤٧٧) بلفظ: (فلم نعده طلاقًا)، وغيرهما.

(٢) في أ (على التمسك بالنكاح)، والمعنى واحد.

(٣) «كانت واحدة بائنة» كما في متن القدوري ص٣٧١.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٤٩/٨.

(٥) في أ (تركوا).

(٦) وقعت في أ (في به) لعلها زائدة.

(٧) في ب (إن كان في الزوج).

اختياره، أو يكون ذلك في كلامها، فإن قال: اختاري، فقالت: قد اخترت لم يكن شيئاً، وذلك لأنه إذا قال: اختاري، فقالت: اخترت، فليس للتخيير [ولا] للاختيار، فخصص بها فلا يقع به الطلاق، مثل ما إذا كانت النفس مذكورة في لفظ الزوج أو لفظها يخصص الاختيار بها وكذلك لفظ الطلاق، مثل أن يقول: اختاري الطلاق أو اختاري اختياره، وتقول هي: اخترت الطلاق؛ لأن ذلك يتخصص بها.

وقد قالوا: إذا قالت: اخترت أبي أو أمي أو أهلي أو الأزواج، إن القياس أن لا يقع بذلك شيء؛ لأنه ليس في لفظه ولا في لفظها ما يخصص الاختيار بها، وإنما استحسنوا فقالوا: إن المرأة عند الطلاق تلحق بأبويها وأهلها وتختار الأزواج، فصار اختيارها لذلك دلالة على الطلاق، فكأنها قالت: اخترت الطلاق[1].



(١) انظر: الأصل ٤/٥٨٧ وما بعدها؛ التجريد ١٠/٤٨٨١ وما بعدها.

بَابُ
الطلاق بالمشيئة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا قال الزوج لامرأته: أنت طالق إن شئت، فهو مثل الخيار في جميع ما ذكرت لك إلا أن الطلاق واحدة رجعية.

والأصل في هذا: أن الطلاق إذا عَلَّقَه(١) بفعل من أفعال القلب مثل قوله: أنت طالق إن شئت، أو إن أحببت [١٢٧/ب]، أو إن هويتِ، أو أردت، أو رضيتِ، فهذا كله علىٰ المجلس؛ لأنه علقه بفعل من أفعال القلب فهو مثل الخيار.

وقد قالوا: إذا قال لها: إن كنت تحبيني أو إن كنت تبغضيني فأنت طالق، فقالت: أنا أحبك، وقع الطلاق استحساناً، وكان القياس أن لا يقع؛ لأنه علّقه بشرط لا يُعلم وجوده.

والاستحسان: أن المحبة لما لم تعلم إلا من جهتها صار كأنه قال: إن قلت (إني أحبك)(٢) فأنت طالق، وعلىٰ هذا الأصل قالوا: إذا قال لها: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار أو تكرهين دخول الجنة فأنت طالق، فقالت: إني أحب العذاب وأكره الجنة وقع الطلاق [عند أبي حنيفة وأبي يوسف]؛ لأن المحبة لما لم تُعلم إلا [من جهتها] بقولها، صار الشرط ما [تظهره] دون ما في قلبها، وكذلك لو قال لها: إن كنت تحبيني بقلبك فأنتِ طالق، فقالت: أنا أحبك، وفي

---

(١) في أ (علّق).

(٢) العبارة ساقطة من أ.

قلبها غير ذلك وقع الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن ما في قلبها لمّا لم يتوصل إلىٰ معرفته إلا بإظهارها صار كأنه قال: إن قلت إني أحبك بقلبي.

وقال محمد: لا يقع، لأنه جعل الشرط ما في قلبها، وفي قلبها خلاف ما أظهرت، وكذلك جعل [شرط الطلاق] محبتها [للنار]، ونحن نعلم أنها كاذبة في قولها: (أنا أحب النار)، وأما قوله: (أنه يقع رجعيًا) فلأنه صريح الطلاق، وصريح الطلاق رجعي وليس كذلك الخيار ؛ لأنه ليس بصريح ولا في معناه، [فلذلك][1] كان بائناً، وإن قال لها: طلقي نفسك إن شئت، فقالت: قد شئت، لم يقع عليها شيء ؛ لأنه أمرها أن توقع الطلاق فلم توقع.

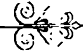
وفي الفصل الأول علق الطلاق بمشيئتها، فإذا وُجد الشرط وقع، قال: فإن قال: طلقي نفسك، فهو علىٰ المجلس ؛ لأن المرأة لا تكون وكيلة في حق نفسها، فكانت مملكة والتمليك علىٰ المجلس، وليس كذلك إذا قال لأجنبي: طلقها ؛ لأنه يجوز أن يكون وكيلاً في طلاقها، [والتوكيل][2] لا يقف علىٰ المجلس.

قال: فإن أراد بقوله: طلقي نفسك ثلاثاً، فقد صار في يدها الثلاث لأن هذا أمر، والأمر وإن لم يتضمن العدد بإطلاقه فهو يحتمله، ألا ترىٰ أن في أوامر الله تعالىٰ ما يتضمن العدد.

قال: فإن طلقت نفسها ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة وقع ؛ لأنه ملّكها ثلاث تطليقات، فصارت كالزوج المالك لها، فيجوز أن توقعها ويجوز أن توقع بعضها.

(١) في النسختين (فكذلك) والمثبت يدل عليه السياق.

(٢) في ب (والوكيل) والمثبت من أ.

١٦٣٢ ـ [فَصل: قول الزوج: طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت]

ولو قال: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فشاءت اثنتين أو واحدة لم يقع شيء؛ لأنه جعل مشيئتها للثلاث شرطاً في وقوع الطلاق، فإذا وجد بعض الشرط لم يقع به شيء، فإن قال: طلقي نفسك واحدة إن شئت أو اثنتين، فشاءت أكثر من ذلك لم يقع في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقع ما جعل إليها، وعلىٰ هذا الخلاف إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة، ولم يقل (اهـ ١٢٧) ـ (ب ١٢٨) إن شئت، وكذلك قال أبو حنيفة: إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فقالت: (قد شئت ثلاثة إن شئت، قال)[1]: شئت عشراً لم يقع شيء، وقال أبو يوسف ومحمد: يقع [ثلاثًا].

لأبي حنيفة: أن الطلاق يقف علىٰ العدد كما يقف علىٰ الشرط بدلالة أن من قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً، وقف قوله (أنت طالق) علىٰ العدد، كما يقف لو قال: إن دخلت الدار، ولهذا قالوا فيمن قال: أنت طالق ثلاثاً، فماتت قبل أن يقول ثلاثاً لم يقع، فلهذا[2] وقف الطلاق علىٰ العدد كما يقف علىٰ الشرط.

ولو قال لها: علقي طلاقك بدخول الدار، فعلقته بالدخول وكلام زيد، لم يتعلق، وكذلك إذا جعل إليها العدد فأوقعته مع غيره، وليس كذلك إذا قالت: طلقت نفسي واحدة، وواحدة، وواحدة؛ لأنها فرغت مما جعل إليها واشتغلت بغيره، فصار كما لو قال لها: علقي طلاقك بدخول الدار، فقالت: أنا طالق إن

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في أ (فإذًا).




دخلت الدار وسكتت، ثم قالت: وكلمت زيداً، ولا يلزم إذا وكله ببيع عبده فباعه مع عبد آخر؛ لأنا قيدنا العلة بالطلاق، وعلى أن البيع لا يقف على الشرط، ألا ترى أنه لو قال: بع هذين العبدين، فباع أحدهما جاز.

و[قد] قال أبو يوسف: إذا قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أَبَنْتُ نفسي؛ لم يقع على قياس قول أبي حنيفة، ووقع عندهما تطليقة رجعية، وصار كأنها قالت: أبنت نفسي بتطليقة.

وجه قولهما: أنه علق الطلاق بمشيئته الواحدة، فإذا شاءت الثلاث فقد شاءت الواحدة وزيادة (وهذا يبطل به إذا)[1] قال لها: علقي طلاقك بدخول الدار، [فعلقت بالدخول وغيره]، فيقولان: إنها أوقعت ما جعل إليها وزيادة، فبطلت الزيادة، كما لو قالت: طلقت نفسي واحدة وواحدة.

١٦٣٣ - [فَصْل: قول الزوج: طلقي نفسك]

فإن قال لها: طلقي نفسك إن شئت، أو لم يقل: إن شئت، فقالت: اخترت نفسي لم يقع، ولو قال لها: اختاري، فقالت: طلقت نفسي وقع ذلك؛ لأن لفظ الاختيار أضعف من لفظ الطلاق، فلهذا لا يملك الزوج الإيقاع به، وقد كان في القياس: أن لا يقع به شيء، فإذا جعل إليها الطلاق القوي فعدلت إلى اللفظ الضعيف لم يقع [به] شيء، وإذا قال لها: اختاري، فقد فوض إليها بلفظ ضعيف، فإذا أتت بالطلاق فقد أوقعت بلفظ قوي فيقع، ولأن الاختيار لا يجوز أن يكون إلا جواباً لقوله: اختاري.

(١) في أ (يبطل بما لو قال).

ألا أترىٰ أن امرأة لو قالت: اخترت نفسي، فأجاز الزوج لم يقع شيء، والطلاق يجوز أن يكون طلاقاً لا علىٰ وجه الجواب.

ألا ترىٰ أنها لو طلقت نفسها فأجاز الزوج وقع، فكذلك جاز أن يكون جواباً للاختيار.

قال: ولو قال: أمركِ بيدكِ في تطليقة، أو اختاري تطليقة، فهي تطليقة رجعية؛ لأنه جعل إليها صريح الطلاق، (وصريح الطلاق رجعي)[(١)][(٢)].



(١) في أ (فكان رجعيًا).

(٢) انظر: الأصل ٥٧٤/٤ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يجعل أمر امرأته بيدها مؤقتًا

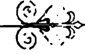


وإذا قال الرجل لامرأته [١١٧/ب]: أمركِ بيدكِ يوماً أو اليومَ، أو قال: شهراً أو [هذا] الشهر، أو قال: سنة أو [هذه] السنة، فلها الأمر في الوقت كله تختار نفسها (فيما شاءت منه)[1]، ولا يكون تركها للجواب في شيء (منه)[2] أو تشاغلها بغير الجواب إبطالاً للخيار ما يبقي من الوقت شيء؛ وذلك لأن الطلاق بيده فيملك أن يفوضه إليها في زمان دون زمان كالتوكيل بالتصرف، فإذا ثبت لها الخيار في المدة لم يكن تشاغلها مسقطاً للخيار؛ لأنه لو سقط بإعراضها لم يكن للتوقيت فائدة، ولصار المؤقت وغير المؤقت سواء، وهذا لا يصح؛ لأن التوقيت على وجهين: إذا [نكّر][3] الوقت، فقال: يوماً أو شهراً أو سنة فلها من ساعتها إلى مثلها من الغد، ولها من وقتها إلى (شهر وإلى سنة)[4]؛ لأن استيفاء المدة لا يمكن إلا بذلك، ويكون الشهر هاهنا بالأيام؛ لأن الشهر بالإطلاق يقتضي الأهلَّة، فإذا ملكها في بعض الشهر شهراً لم يمكن (اعتبار الأهلة فاعتبر الأيام)[5].

وأما إذا عرّف فقال: هذا اليوم، أو هذا الشهر أو هذه السنة، فلها الخيار في

---

(١) في أ (متى شاءت فيه).
(٢) في أ (من ذلك).
(٣) في ب (ذكر) والمثبت من أ.
(٤) في أ (الشهر إلى السنة).
(٥) في أ (اعتباره بالأهلة، فاعتبروا بالأيام).

بقية اليوم، وفي بقية الشهر، وفي بقية السنة؛ لأنه علقه بزمان معين، ولا يمكن إثبات الخيار في غيره، ويكون الشهر هاهنا على الهلال؛ لأنه هو الأصل، وإنما يعدل عنه للضرورة ولا ضرورة في هذا الموضع.

١٦٣٤ - [فَصل: الخيار متعلق بالوقت، سواء علمت أو لم تعلم]

وسواء علمت في أول الوقت أو لم تعلم أن الخيار متعلق بالوقت؛ وذلك لأنه جعل الخيار في زمان مخصوص، فلو اعتبر العلم [لثبت](١) لها الخيار في أكثر من ذلك الزمان، وهذا لم يرض به.

١٦٣٥ - [فَصل: قول الرجل: إذا قدم فلان فأمرك بيدك يوماً]

وإذا قال: إذا قدم فلان فأمرك بيدك يوماً، أو قال: اليوم الذي يقدم فيه فلان، فإذا قدم فلان فلها الخيار في ذلك الوقت، فإذا مضى بطل خيارها سواء علمت أو لم تعلم؛ وذلك لأن التمليك المعلق بالشرط كالموقع عقيب الشرط، فصار عند القدوم كأنه قال لها: أنت بالخيار اليوم، فلا يثبت لها بعد ذلك.

١٦٣٦ - [فَصل: الخيار متعلق بالشرط كالموقع عقيبه]

ولو قال لها: إذا قدم فلان فأمرك بيدك ولم يؤقته، فقدم فلان فالخيار بيدها إذا علمت في مجلسها الذي [تعلم](٢) فيه، لما بينا أن الخيار المتعلق بالشرط كالموقع عقيبه، فصار عند القدوم كأنه قال: أمرك بيدك، فإذا علمت كان لها [الخيار] في المجلس الذي تعلم فيه.

---

(١) في ب (أثبت) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يقدم) والمثبت من أ.

١٦٣٧ـ [فَصْل: قول الرجل: أمركِ بيدك هذا اليوم]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال: أمرك بيدك هذا اليوم، فهو علىٰ اليوم كله، ولو قال: أمرك بيدك في هذا اليوم كان [علىٰ][1] مجلسها، وهذا الفرق ليس بظاهر؛ لأنه جعل اليوم ظرفاً للطلاق في الوجهين، وإنما صرح بالظرف في أحد الفصلين دون الآخر، والتصريح بالظرف لا يغير معنىٰ الكلام، فكان يجب أن يكونا سواء، إلا أنه قال علىٰ الخيار بجميع اليوم في أحد الفصلين [١١٨/أ] وبجزء منه في الفصل الآخر، وهو القدر الذي جعله ظرفاً للطلاق، وإذا علق الطلاق بجزء وليس جزءٌ أولىٰ من جزء [آخر] اختص بالمجلس.

١٦٣٨ـ [فَصْل: قول الرجل: أمركِ بيدك إلىٰ رأس الشهر]

قال بشر عن أبي يوسف في مسألة تاريخها سنة ثمان وسبعين ومائة: إذا قال: أمرك بيدك إلىٰ رأس الشهر، فاختارت نفسها قبل رأس الشهر فإنها طالق، وليس لها أن تطلق نفسها أخرىٰ في هذا الشهر؛ لأنه جعل الشهر زماناً للطلاق، فإذا طلقت فقد استوفت ما جعل إليها فلا تملك إيقاع العدد.

قال: ولا يخرج الأمر من يدها بقيام ولا أكل ولا شرب ولا نوم، وكذلك إن واقعها وهي مطاوعة؛ لأنه (لما جعل لها الخيار)[2] في جميع المدة، فإعراضها يبطل خيارها في تلك الحال خاصة، ويبقىٰ ما لها من الخيار بعده علىٰ ما كان عليه.

١٦٣٩ـ [فَصْل: قول المرأة: اخترت زوجي]

وقال أبو حنيفة: إن قالت اخترت زوجي، فلها من الغد أن تختار نفسها،

(١) في ب (في) والمثبت من أ.
(٢) في أ (جعل إليها الخيار).

وليس لها أن تختار نفسها في يومها ذلك، وقال أبو يوسف: قد خرج الأمر عن يدها في الشهر كله.

لأبي حنيفة: أنه لما جعل إليها الخيار في جميع المدة فاختيارها لزوجها (في يوم)[1] كإبطال الخيار فيه بالإعراض والتشاغل فلا يبطل ذلك الخيار فيما بعد، إلا أنه لم يجعل إليها أن تختار [في] ذلك اليوم؛ لأن الشهر مدة تشتمل على أيام، فإذا جعل لها الخيار في جميعه فقد جعل لها الخيار في كل يوم، فإذا اختارت زوجها بطل خيارها في ذلك اليوم وبقي فيما بعده.

ولأبي يوسف: أن اختيارها للزوج ردٌّ لما جعل إليها، (والتمليك يبطل بالرد، ولأنها تصرفت في إحدى جهتي الخيار)[2] فأبطل ذلك خيارها في جميع المدة كما لو اختارت نفسها.

قال: وكذلك قال أبو حنيفة: إذا قال أمرك بيدك اليوم وغداً أو هذين اليومين وهذا لما بينا، ولو قال لها: أمرك بيدك اليوم وبعد (غدٍ)[3]، فاختارت زوجها اليوم، فلها أن تختار نفسها بعد (غدٍ)[4]، وكذلك إن ردت الأمر اليوم، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ذكره في الجامع الصغير[5]؛ وذلك لأنه لما فصل بين زمانين وجعل بينهما زماناً لا خيار فيه، فصار كل واحد من التمليكين غير الآخر، فالرد في أحدهما لا يكون رداً للآخر، وليس كذلك المسألة الأولى على

---

(١) في أ (اليوم).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (الغد).

(٤) في أ (الغد).

(٥) الجامع الصغير (مع شرح الشهيد) ص٣٠٩.




قول أبي يوسف ؛ لأن الزمان زمان واحد لا يتخلله ما لا خيار فيه ، فصار خياراً واحداً فالرد فيه يبطله(١) .

١٦٤٠ـ [فَصْل: قول الرجل: أمركِ بيدك اليوم ، وأمرك بيدك غداً]

قال أبو يوسف: وإذا قال: أمرك بيدك اليوم ، وأمرك بيدك غداً ، فهذان أمران ، فإن اختارت زوجها اليوم فهي على خيارها غداً ولا خيار لها في هذا اليوم ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ وذلك لأنه لما كرّر لفظ الخيار صار كل واحد من الخيارين غير الآخر ، فرد أحدهما لا يكون رداً للآخر ، ولو اختارت نفسها في اليوم الأول فتزوجها قبل مجيء الغد فاختارت نفسها ، فلها ذلك ، وتطلق أخرى لأن كل واحد من الخيارين [أهـ: ١٢٩أ ـ بد: ١٢٩ب] لما كان غير الآخر [ملكت](٢) لكل واحد منهما طلاقاً ، فإيقاع الطلاق بأحدهما لا يمنع (من الإيقاع بالآخر)(٣) .

١٦٤١ـ [فَصْل: قول الرجل: أمرك بيدك هذه السنة]

وقال أبو يوسف: لو قال لها: أمرك بيدك هذه السنة ، فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها أن تختار في بقية السنة في قول أبي يوسف ، فأما في قياس قول أبي حنيفة: فيلزمها الطلاق في الخيار الثاني ، ولست أروي هذا عنه ، (ولكن هذا قياس قوله ، ولو كان ترك القياس)(٤) واستحسن ، كان ذلك مستقيماً .

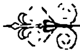
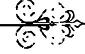
---

(١) انظر: شرح الجامع الصغير (للصدر الشهيد) ص ٣٠٨ .

(٢) في ب (ملك) والمثبت من أ.

(٣) في أ (من إيقاع الطلاق من الآخر) .

(٤) في أ (ولكنه قياس قوله ، فلو كنت تركت القياس) .

وجه القياس: أنه لما ملّكها الطلاق في جميع المدة صار لها في كل يوم خيار، فإذا أوقعت في أحد اليومين جاز أن توقع في اليوم الآخر كما لو ردت في أحد اليومين وأوقعت في الآخر.

وجه الاستحسان: أنه خيار ممتدٌ فلا يملك به أكثر من طلاق واحد، وقد استوفت ذلك فلا تملك غيره، وأما أبو يوسف فمن أصله: أن الرد في أحد الأيام ردٌ في بقيتها، وكذلك الاختيار في أحد الأيام يمنع [من] الاختيار في بقيتها.

١٦٤٢ - [فَصْل: عدم اختيار المرأة نفسها ولكنها طُلقت طلقة]

قال: ولو لم تختر نفسها ولا زوجها ولكنه طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها في تلك السنة، فلا خيار لها في بقية السنة في قول أبي يوسف.

وأما في قول أبي حنيفة: فلها الخيار.

لأبي حنيفة: أن التخيير طلاق معلق بالشرط، فزوال الملك لا يبطله [ما دام طلاق ذلك الملك باقيًا][1] كدخول الدار.

لأبي يوسف: أنه تصرف في الطلاق الذي جعله إليها، فخرج الأمر من يدها كالموكل إذا باع ما وكل ببيعه، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الزوج يملك ثلاث تطليقات ملّكها واحدة منها، فإذا أوقع واحدة فلم يتصرف في غير ما جعل إليها، وصار كمن وكَّل رجلاً ببيع ثوبٍ من (ثوبين)، ثم باع الموكل واحداً (منهما)[2] لم تبطل الوكالة[3].

(١) في ب (ما دام طلاق ملك الأول باقي)، والمثبت من أ.
(٢) في أ (ثيابه)، و(منها).
(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٦٩ وما بعدها.

بَابُ
الطلاق الذي يوقع أو يعقد عليه في ملك أو في غير ملك



قال أصحابنا جميعاً: إذا أوقع الطلاق على امرأة قبل أن يتزوجها فالطلاق باطل، وذلك لقوله ﷺ: «**لا طلاق قبل النكاح**»[1]، ولأن الطلاق موضوع لرفع الاستباحة، والاستباحة [لم توجد][2] فلا يصحّ الرفع.

١٦٤٣ - [فَصْل: إيقاع الطلاق قبل الزواج]

وإن عقد عليها الطلاق قبل أن يتزوجها ولم يضف وقوعه إلى ملك فهو باطل، وهذا مثل من قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، فتزوجها فدخلت الدار لم يقع عليها شيء عندنا.

وقال ابن أبي ليلى: يقع.

لنا: أنه عقد الطلاق في غير ملك ولم يضفه إلى ملك، فصار كمن لو قال [لأجنبية][3]: أنت طالق، فلا يقع عليها شيء؛ ولأن الطلاق المعلق بالشرط

---

(١) أخرجه ابن ماجه من حديث عليّ ﷺ مرفوعًا (٢٠٤٩)؛ والترمذي من حديث عمرو بن شعيب بلفظ (ولا طلاق فيما لا يملك) (١١٨١) وقال: «حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب...»؛ وأخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٢٢٢؛ والبيهقي في الكبرى ٧/٣١٩.
وأخرجه البخاري في (باب لا طلاق قبل النكاح) عن عدد من الصحابة والتابعين بعد حديث (٤٩٦٧).

(٢) في ب (لوجد لهم) والمثبت من أ.

(٣) في ب (لها) والمثبت من أ.



موقوف على وجود الشرط، وكل أمرٍ موقوف يعتبر فيه الطرفان، فإذا عدم الملك عند العقد ولا يعلم وجوده عند الشرط، لم يتعلق بالعقد حكمٌ لخلوِّه من الملك في الطرفين.

وابن أبي ليلى يقول: ما علقه بالشرط كالموقع [١١٨/ب] عقيب الشرط، فصار كأنه قال حين دخلت الدار: أنت طالق، وهذا لا يصحُّ؛ لأن المعلق بالشرط [إنما يكون] كالموقع عقيبه إذا صحَّ التعليق، والخلاف بيننا في صحة تعليق الانعقاد(١).

١٦٤٤ـ [فَصْل: إضافة وقوع الطلاق إلى الملك]

وإذا أضاف وقوعه إلى ملك فهو صحيح، وهذا كمن قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، وقال الشافعي: لا يصح إضافة الطلاق إلى الملك إذا لم يكن الملك موجودًا عقيب العقد(٢).

لنا: أنه أضاف الطلاق إلى حال يملك إيقاعه فيها، فصحت الإضافة وإن لم يملكها في الحال، كمن قال لامرأته الحائض: أنت طالق للسنة، ولأن ما جاز أن يتعلق بالأخطار جاز أن يضاف إلى الملك كالنذر، ولا حجة لهم في قوله ﷺ: «**لا طلاق قبل النكاح**»(٣)؛ لأن الزهري ومكحولاً تأولاه على رجل أراد أن يتزوج امرأة فقال [لها]: أنت طالق ثم تزوجها، وهذا تأويل صحيح؛ لأن الطلاق هو الإيقاع، فأما المعلق بالشرط فلا يتناوله حقيقة الاسم، ولا يجوز صرف الاسم

---

(١) في أ (صحة الانعقاد).

(٢) انظر: مختصر المزني ص١٨٨؛ المهذب ٤/٣٦٤؛ المنهاج ص٤١٧؛ رحمة الأمة ص١٨٨.

(٣) سبق تخريجه.

إلى المجاز إلا بدليل، ولهذا المعنى قال ﷺ: «**لا طلاق إلا بعد النكاح**»[1].

فإن قيل: وقوع الطلاق قبل التزويج لا يشكل، فلا يحمل الخبر على بيان ما لا يشكل.

قيل له: [إنما] لا يشكل عند استقرار الشرع، وقد كان مشكلاً قبل ذلك، ألا ترى أنه لا يشكل الآن أن الصلاة لا تجوز بغير طهارة، فإنه بين ذلك النبي عليه السلام بقوله: «**لا صلاة إلا بطهور**»[2]، (ولأن ذلك كان يشكل إذ ذاك)[3].

١٦٤٥ـ [فَصل: وقوع الطلاق على الإرسال]

وإن عقد طلاقاً على امرأته، فالعقد صحيح وإن لم يُضفه إلى الملك لأن الملك موجود عقيب[4] العقد والظاهر بقاؤه، فصحّ الإرسال ولم يحتج إلى الإضافة، فإن عقد في الملك وأضافه إلى غير الملك لم يصح؛ وذلك لأن المعقود عليه يعتبر فيه حال الإضافة، فإذا أضافه إلى غير ملكه صار كأنه أرسله في غير ملك [فلا يتعلق به حكم].

١٦٤٦ـ [فَصل: اعتبار حال الوقوع إذا عقد في الملك]

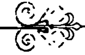
وإذا عقد في الملك اعتبر حال الوقوع، فإن كانت المرأة في حال لو ابتدأ

(١) أخرجه الطيالسي في مسنده عن جابر رضي الله عنه (في حديث طويل) ٢٤٣/١؛ وأورده ابن حجر في الفتح ٣٨٥/٩.

(٢) أخرجه الترمذي (١) وقال: «أصح شيء في هذا الباب وأحسن»؛ أورده ابن عبد البر في التمهيد، ١٨٨/١.

(٣) في أ (لأنه كان يشكل).

(٤) في أ (عقد).

الطلاق عليها وقع طلاقه، لزمه طلاق الحنث بذلك العقد، وإن كانت المرأة في حال لا يجوز طلاقه عليها لو ابتدأه لم يلزمه [طلاق] الحنث، وهذا كمن قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم أبانها وانقضت عدتها ودخلت الدار؛ انحلت يمينه بوجود الشرط ولم يقع عليها طلاق؛ لأن المعلق بالشرط كالمتكلم بالجواب في ذلك الوقت من طريق الحكم.

فإن قيل: أليس لو قال الصحيح لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم جُن فدخلت الدار وقع طلاقه، وإن كان لو ابتدأ لم يقع.

قلنا: إنما اعتبرنا بالوقوع حكماً، والمجنون يقع الطلاق على امرأته من طريق الحكم، ألا ترىٰ أن العِنِّين إذا أجل فمضت المدة وقد جُن فَرَّق القاضي بينهما وكان ذلك طلاقاً.

١٦٤٧ - [فَصْل: تعليق الطلاق بشرطين]

وإن علق الطلاق بشرطين، وقال بعد النكاح: إن كلمت زيداً [١١٩/أ] وعمراً فأنت طالق، فاعتبر كلام [آخرهما][١]، فإن كان في ملك وقع الطلاق ولا يضرك أن يكون كلام الأول في غير الملك، وإن كان كلام الأول في الملك، والثاني في غير الملك لم يقع الطلاق وانحلت اليمين، وهذه المسألة في الجامع الصغير إذا قال: إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق[٢]، وهي مبنيّة علىٰ أصول:

منها: أن الطلاق إذا تعلق بالشرط اعتبر وجود الملك عند الشرط؛ لأنها حالة الوقوع، والطلاق لا يقع إلا في الملك، وإن علق بشرطين اعتبر وجود

(١) في ب (أحدهما) والمثبت من أ.

(٢) الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٢٠١، (عالم الكتب).

الملك عند [آخرهما][(١)] لأن الوقوع يكون عند تمام الشرط، فإن وجد الشرط الأول في غير الملك لم يضر؛ لأنه لا يخرج من أن يكون شرطاً، والملك إنما يحتاج إليه للوقوع، وتلك الحال ليست حال الوقوع، فإذا ثبت هذا قلنا: إذا كلمت الأول في غير الملك، ثم كلمت الثاني في الملك، فقد وجد تمام الشرط (لوقوع الطلاق وهي في ملكه)[(٢)] فوقع الطلاق، فإن كلمت الأول في الملك والثاني في غير ملك فقد وجد تمام الشرط وهي أجنبية، والأجنبية لا يقع عليها الطلاق، إلا أن اليمين تنحل لأنه علق الحنث بوجود الشرط وقد وجد، ولو تعلق بتكرار الشرط حيث يعلق به على وجه لم يتضمنه اليمين، وهذا لا يصح، فلذلك انحلت اليمين.

١٦٤٨ - [فَصْل: الحلف بالظهار والإيلاء]

قال: وكذلك ما حلف به من ظهار أو إيلاء [فهو][(٣)] مثل الطلاق فيما يلزمه فيه وفيما لا يلزم؛ وذلك لأن الظهار والإيلاء من أحكام النكاح ويتعلق بالشروط، فلا يصح إلا في الملك أو مضافاً إلى الملك كالطلاق.

١٦٤٩ - [فَصْل: قول الرجل: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت عمراً]

فإن حلف عليها بعد النكاح وجعل جواب شرطها يميناً اعتبر الشرط الأول، فإن وجد في حال يجوز عقد اليمين المبتدأة صَحّ لزوم اليمين التي هي الجواب، وإن كانت في حال لا يجوز اليمين لو ابتدأها لم يلزمه اليمين بالحنث، وذلك

(١) في ب (أحدهما) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (فهل) والمثبت من أ.




مثل أن يقول لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت عمراً ؛ (وذلك لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين ، فصار عند الدخول كأنه قال لها: أنت طالق إن كلمت عمراً)[1] ، فإن كانت في ملكه صحت اليمين المعلقة بالشرط ، وإن لم يكن في ملكه عند دخول الدار لم يصح التعليق ، ولو كان طلقها [قبل][2] الدخول ثم دخلت الدار وهي في العدة ، ثم كلمت عَمراً في العدة طَلُقت ؛ لأن [المعتدة][3] يلحقها الطلاق فيها ، فتنعقد عليها اليمين بالطلاق ، كالزوج إذا علق الطلاق ووجد شرطه في العدة أو في الملك ، وقع [به][4].



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (بعد) والمثبت من أ.

(٣) في ب (العدة) والمثبت من أ.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٨٩ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يطلق امرأته بعض تطليقة أو يوقع الطلاق على بعضها



قال [أصحابنا]: إذا أضاف الطلاق إلىٰ بعض [أعضاء] المرأة فهو علىٰ ثلاثة أوجه.

منها: أن يضيفه إلىٰ ما يعبر به عن جميع البدن فيقع الطلاق، وهذا مثل قوله: نفسك طالق، أو روحك، أو بدنك، أو رقبتك، [١١٩/ب] أو عنقك، أو وجهك، أو رأسك، أو فرجك، روىٰ ذلك هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذلك لأن هذه الأشياء يعبر بها عن [جميع] الجملة، يقال: عند فلان كذا كذا رأساً من الرقيق، ويقال: كذا كذا فرجاً، وفي الدار كذا كذا نفساً، وقال الله تعالىٰ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: ٣] (وأراد به الجملة)[١]، وإذا كان ذكر هذه الأشياء كذكر الجملة صار كأنه قال: أنت طالق.

ـ والنوع الثاني: إذا أضاف [الطلاق] إلىٰ جزء شائع مثل الثلث [أو الربع] أو النصف أو الجزء، فإنه يقع علىٰ جميعها؛ لأن التحريم [يقع][٢] بجزء شائع ويسري إلىٰ الجميع كمن باع بعض جاريته.

ـ وأما النوع الثالث: فأن يضيف الطلاق إلىٰ جزء معين لا يعبر به عن الجملة مثل اليد والرجل والإصبع فلا يقع الطلاق عندنا، وقال زفر: يقع، وبه

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (يتعلق) والمثبت من أ.

قال الشافعي[١].

لنا: أن النكاح لا ينعقد إذا أضيف إلىٰ عضو معين، فلا ينحل إذا أضيف الحل إليه كالبيع، لما لم ينعقد بالإضافة إلىٰ جزء معين لم ينفسخ بإضافة الإقالة [إلىٰ ذلك الجزء][٢]، ولأن ما لا ينعقد البيع إذا أضيف إليه لا يقع الطلاق إذا أضيف إليه كالحمل وعكسه ما يعبر به عن الجملة[٣].

وأمّا وجه قول زفر: فإنه أوقع الطلاق علىٰ جزء منها متصل فصار كالجزء الشائع.

١٦٥٠- [فَصْل: تبعيض الطلاق]

وأما إذا أوقع بعض التطليقة، وقع تطليقة كاملة وقد بيّنّاها فيما مضىٰ، وذكرنا أن الطلاق لا يتبعض فذكر بعضه كذكر جميعه كالعفو عن بعض القَوَد، وإن قال: أنت طالق واحدة ورُبْعاً، أو واحدة وثلثاً طلقت اثنتين؛ لأن الجزء من التطليقة تطليقة، وليس كذلك إذا قال لها: أنت طالق واحدة ونصفها، أو وثلثها أنه لا يقع إلا واحدة؛ لأنه أضاف النصف إلىٰ الواحدة الموقعة، وقد وقع ذلك في جملتها، وفي مسألتنا ذكر نصفاً منكراً، فاقتضىٰ تطليقة ثانية.

١٦٥١- [فَصْل: في تقسيم الطلاق بين نسائه]

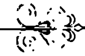
وأما إذا قسم الطلاق بين نسائه فقال لأربع نسوة: بينكن تطليقة، طلقت

---

(١) انظر: المهذب ٤/٢٩٠؛ المنهاج ص٤١٦؛ رحمة الأمة ص١٩٢.

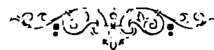
(٢) في ب (إليه) والمثبت من أ.

(٣) في أ (عن جميع البدن).

كل واحدةٍ واحدةً؛ لأن الواحدة إذا انقسمت أصاب كل واحدة ربعها، وربع تطليقة تطليقة، وكذلك إذا قال: بينكن تطليقتين، أو ثلاثاً، أو أربعاً؛ لأن التطليقتين إذا انقسمت بين الأربع أصاب كل واحدة نصف تطليقة، ولا يجوز أن يقسم كل تطليقة على حيالها؛ وذلك لأن القسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملته، وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتاً، فإن قال الزوج: أردت قسمة كل واحدة على حيالها فقد شدد على نفسه فيقع على ما نوى، [فإن] قال: بينكن خمس تطليقات، فكل واحدة طالق اثنتين؛ لأن الخمس إذا قسمت على الأربع، أصاب كل واحدة تطليقة وربع، [وربع تطليقة تطليقة]، فيكون تطليقتين، وعلى هذا ما زاد على خمس إلى الثماني، فإذا قال: بينكن تسع تطليقات، أصاب كل واحدة تطليقتان وربع، فيقع عليها ثلاث [تطليقات].

وعلى هذا، لو قال: [١٣٦/ب] أشركت بينكما في تطليقتين؛ لأنه لا فرق في المعنى بين أن يأتي بلفظ الشركة أو يأتي بلفظ بين، وليس كذلك إذا طلق امرأته تطليقتين، ثم قال لأخرى: قد أشركتك في طلاقها لأن الشركة في الموقع لا بد أن تكون شركة في كل واحدة، ألا ترى أنه لا يمكن رفع تطليقة عنها، [وإيقاعها] على الأخرى، فلم يبق إلا الشركة في كل واحدة من التطليقتين على الانفراد، فيقع عليها تطليقتان(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٩٠ وما بعدها؛ التجريد ١٠/٤٩٣٧ وما بعدها.

باب
الاستثناء في الطلاق وغيره



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الاستثناء[1] في الطلاق والعتاق والأيمان والنذور كلها جائز إذا كان موصولاً بالكلام، ولم يقطع المتكلم بين الاستثناء وما قبله بسكوت؛ وذلك لأن الاستثناء [من][2] الجملة عبارة عن الباقي، قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤]، ففهم من ذلك تسع مائة وخمسون، وإذا ثبت هذا فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، فكأنه قال: أنت طالق اثنتين ولا فرق عندنا بين استثناء الأقل والأكثر.

وقال الفراء: لا يصح استثناء الأكثر.

لنا: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ ۝ قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا ۝ نِصْفَهُ أَوِ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا ۝ أَوْ زِدْ عَلَيْهِ﴾ [المزمل: ١ ـ ٤] وقال الشاعر:

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ❊ ثم ابعثوا حكماً بالعدل حكاما[3]

ومن للتمييز كالاستثناء الذي هو للتمييز، فإذا جاز أن يميز الأكثر [بمن، جاز أن يميز الأكثر][4] بالاستثناء؛ ولأن الاستثناء يخرج من الكلام ما لولاه

---

(١) الاستثناء: من ثَنىٰ، إذا حنَىٰ وعطف: أخرج، ومنه قول النحويين: «إخراج الشيء مما دخل فيه غيره؛ لأنه فيه كفًّا وردًّا عن الدخول». كما في المغرب (ثنىٰ)

(٢) في ب (مع) والمثبت من أ.

(٣) أورده الأنباري في الزاهر في معاني كلمات الناس ولم يعزه لأحد، ٢/١٠.

(٤) في ب (فمن جاز ذلك) والمثبت من أ.

لدخل فيه، فصار كدليل التخصيص، فيجوز أن يخرج الأكثر.

فأما الفراء فإنه قال: إن العرب لم تتكلم بذلك، وهذا لا دليل فيه؛ لأن ما كان على طريقة كلامهم صَحَّ وإن لم يتكلموا به، ألا ترى أنهم لم يتكلموا باستثناء الكسور، ومع هذا فيصح استثناؤها بالإجماع.

وأما استثناء المنقطع فلا يؤثر في الكلام، وحكي عن ابن عباس: أنه يؤثر.

لنا: أن السكوت إذا فصل بين الاستثناء والجملة لم تقف الجملة عليه كما لا تقف على الشرط المنقطع، وليس كذلك المتصل؛ لأن حكم الكلام موقوف على آخره، فما لم ينقطع لا يستقر حكمه.

وأما ابن عباس فاحتج بما روي أن النبي ﷺ: «**لأغزون قريشاً، ثم قال: بعد سنة إن شاء الله**»[1]، [وهذا لا دلالة فيه][2]؛ لأنه لم يقصد إلى تصحيح الاستثناء، وإنما استدرك المأمور به في الوعد، لقوله تعالى: ﴿وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤] وأما قوله: إذا حرك لسانه بالاستثناء؛ [فلأن][3] ما لا يتحرك لسانه به ليس بكلام، وإنما هو اعتقاد وذلك لا يؤثر في الطلاق، وسواء سمع الاستثناء أو لم يسمع إذا تكلم به؛ لأن الحكم يقف على الكلام دون السماع، ألا ترى أن الأطروش[4] يصح استثناؤه وإن لم يسمع.

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥، ٣٢٨٦)؛ «ورواه الطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح، ورواه أبو يعلى» كما ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد، ١٨٢/٤؛ والبيهقي في الكبرى، ٤٧/١٠، وغيرهم.

(٢) في ب (وهذا الدليل فيه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (فإن) والمثبت من أ.

(٤) وهو الأطرش، ويقال: «ورجل أطرش» «وقال: الأزهري: رجل (أُطروش)، قال: ولا أدري=

وروى هشام عن أبي يوسف: [في المتنفس إذا فصل][1] بين الطلاق والاستثناء لم يمنع الاستثناء إلا أن يكون بسكتة؛ لأن [التنفس][2] لا يحترز منه، فلا يقطع اتصال الكلام.

١٦٥٢ـ [فَصْل: رفع الاستثناء الحكم في الطلاق والعتاق]

ومن هذا الباب إن شاء الله [١٢٠/أ] إذا وصله بالكلام رفع حكمه، وقال مالك: لا يرفع[3].

ومن الناس مَنْ فَرَّقَ بين الطلاق والعتاق، فقال: يرفع الطلاق ولا يرفع العتاق.

لنا: قوله تعالى حكاية عن موسى عليه السلام: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩]، ولم يصبر ولم يخلف الوعد، فدل على أن الاستثناء يرفع حكم الكلام، ولأنه عَلَّق الإيقاع بشرط لا يُعلم وجوده، فصار كقوله: إن شاء [الجن][4].

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من استثنى فله ثنياه**»[5]، وقال: «**من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله، فلا حنث عليه**»[6].

= أعربي أم دخيل». كما في المصباح (طرش).

(١) في ب (في النفس إذا حصل)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (النفس) والمثبت من أ.

(٣) انظر: المعونة ٨٤٤/٢؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٢٥٦.

(٤) في ب (الجزء) والمثبت من أ.

(٥) أورده القاري في مرقاة المفاتيح، ٦٢/٦.

(٦) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده، وروى أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه: (من حلف على يمين فقال: إن شاء الله، فلا حنث عليه) قال الترمذي: حديث حسن...»، ٧٢/٢؛ وقال نحوه=

وأما من فصل بين الطلاق والعتاق، فقال: إن العتاق مأمورٌ به فقد علمنا المشيئة فيه، وهذا ليس بصحيح؛ لأن لفظ المشيئة يقتضي مشيئة مستقبلة مستقرة، ونحن نعلم أن الله تعالىٰ شاء العتاق في الأصل، ولا نعلم تجديد[1] المشيئة بعد اليمين.

١٦٥٣ - [فَصْل: تقديم الاستثناء علىٰ الطلاق]

قال: فإن قدم الاستثناء فقال: إن شاء الله فأنت طالق؛ فقد روىٰ محمد عن أبي حنيفة: أن الاستثناء إذا كان موصولاً بكلامه قبل كلامه أو بعده فهو استثناء.

وقال أبو يوسف: إذا قال: إن شاء الله أنت طالق، أو فأنت طالق، أو وأنت طالق، فهذا كله استثناء. وقال محمد: إذا قال: إن شاء الله أنت طالق فهو منقطع، والطلاق واقع في القضاء، وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ إن كان أراد الاستثناء، أما إذا قال: إن شاء الله فأنت طالق، فهو استثناء في قولهم؛ لأن الفاء تعلق [ما بعدها بما قبلها][2]، فإذا تعلق الطلاق بالاستثناء لم يقع وكذلك الواو؛ لأنها للجمع فتجعل الجملة كلاماً واحداً.

وأما إذا لم يذكر حرف عطف فوجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الفاء مقدرة في الكلام فكأنه نطق بها.

= الزيلعي في نصب الراية، ٣/٢٣٤؛ «وروىٰ الطبراني في الكبير من حديث ابن مسعود بلفظ: «... فقد استثنىٰ» ورجاله رجال الصحيح، إلّا أن القاسم لم يدرك ابن مسعود». كما قال الهيثمي في المجمع، ٤/١٨٢.

(١) في أ (تجدد).

(٢) في أ (ما قبلها بما بعدها).

وجه قول محمد: أنه ليس بين الطلاق والاستثناء تعلق بالحرف فسقط حكمه، وصار (كأنه لم يكن)[1]، فوقع الطلاق.

١٦٥٤- [فَصْـل: تقديم الطلاق على الاستثناء]

وأما إذا قدّم الطلاق فقال: أنت طالق فإن شاء الله، أو أنت طالق وإن شاء الله؛ لم يكن (استثناء)[2] عند أبي يوسف، حتى يقول: أنت طالق إن شاء الله؛ وذلك لأن (إن شاء الله) حرف شرط فإذا وصله بالكلام تعلق به، وإن أدخل بينهما حرفًا فصل بينه وبين الكلام بما لا تأثير له، لم يتعلق به حكم فوقع الطلاق.

وقال أبو يوسف: إن شاء الله شرط، وقال محمد: رفع للكلام، ويظهر الخلاف بينهما إذا أدخل إن شاء الله على جملتين، فقال: أنت طالق إذا دخلت الدار، وعبدي حرٌ إن كلمت زيداً إن شاء الله، قال أبو يوسف: يعود إلى الجملة الثانية، وقال محمد: إليهما جميعاً.

لأبي يوسف أن (إن) شرط محض، والشرط يعود إلى الجملة الثانية دون الأولى.

لمحمد: أن (إن شاء الله) يدخل على ما يصح أن يتعلق بالشرط، وعلى ما لا يصح أن يتعلق بالشرط، فلو كان شرطاً لم يدخل على ما لا يتعلق بالشرط، فثبت أنه رَفعٌ للكلام، والكلام معطوف بعضه على بعض فيرفع جميعه، ولا

---

(١) في أ (كالمنقطع).

(٢) في أ (مستثنيًا).

يختلفون أنه إذا دخل على إيقاعين عاد إليهما مثل قوله: أنت طالق وعبدي حرٌ إن شاء الله ؛ لأن عند أبي يوسف: أنه شرط ، فتعلق الإيقاعان به ، وعند محمد: أنه رفع فيرفعهما جميعاً.

وقال أبو يوسف (ومحمد)[1]: إذا قال: أنت طالق ما شاء الله فهو استثناء ؛ لأن (ما) عبارة عن العدد فكأنه قال: أنت طالق الذي يشاء الله ، وكذلك إذا قال: إلا أن يشاء الله ، [لأن] معناه: إلا أن يشاء الله أن لا يقع ، ولا تعلم هذه المشيئة ، فهو كقوله: إلا أن يشاء زيد ولا تعلم مشيئته.

قال أبو الحسن: وكذلك لو [ضمَّ][2] مع مشيئة الله مشيئة غيره ، فقال: أنت طالق إن شاء الله وشاء زيد ، فشاء زيد لم يقع الطلاق ؛ لأنه علقه بشرطين لا يعلم وجود أحدهما ، فهو كقوله: إن شاء زيد وعمرو ، فإن قال: أنت طالق إن شاء زيدٌ ، فالطلاق موقوف على مشيئته في المجلس الذي يعلم فيه بالمشيئة ، وهذا قد بيناه لأنه تمليك للطلاق فيقف على المجلس ، وإن شرط مشيئة من لا يجوز أن تعرف مشيئته بطل الكلام ، وصار بمنزلة قوله: إن شاء الله ، وذلك مثل أن يقول: إن شاء جبريل والملائكة ، أو الجن ، أو الشياطين ، (أو الجدار)[3] فإن الكلام باطل ؛ لأنه علقه بمشيئة لا يتوصل إلى العلم بها فصار كقوله: إن شاء الله.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله ؛ وقع عليها

---

(١) ساقطة من أ.
(٢) في ب (ضمن) والمثبت من أ.
(٣) ساقطة من أ.

ثلاث، وقال أبو يوسف ومحمد: الاستثناء جائز، وعلى هذا الخلاف، إذا قال: أنت طالق ثلاثاً وواحدة إن شاء الله.

لأبي حنيفة: أن العدد الثاني لغو فلا يتعلق به حكم، ألا ترى أن الزوج لا يملك أكثر من ثلاث تطليقات، واللغو حشو فيفصل[1] بين الإيقاع والاستثناء كالسكوت.

وجه قولهما: أنه كلام واحد دخل عليه الاستثناء فيعمل فيه، ولأن الواو للجمع، فكأنه قال: أنت طالق ستًّا إن شاء الله، فإن قال: أنت طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله؛ فالاستثناء جائز لأن الكلام الثاني ليس بلغو، ألا ترى أنها جملة يتعلق الحكم بها فلم يفصل بين (الشرط)[2] والطلاق المتقدم عليها وبين الاستثناء[3].



(١) في أ (مفصل).

(٢) ساقطة من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٨٧.

بَابُ
الرجل يوقع من الطلاق عدداً ثم يستثني بعضه

قال أبو الحسن: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا اثنتين فالاستثناء صحيح، وهذا على ما قدمنا في جواز الاستثناء الأقل [من] الأكثر، فإن قال: إلا ثلاثاً بطل الاستثناء لأنه يجري [مجرى] التخصيص، ودليل التخصيص لا يرد على كل الكلام، فكذلك الاستثناء لأنه للتمييز، والتمييز لا يكون بالجملة.

ومن أصحابنا [١٢٠/ب] من يقول: إن استثناء [الجميع][(١)] رجوع؛ لأنه يبطل كل الكلام، والصحيح أنه استثناء فاسد وليس برجوع؛ لأنهم قالوا في الموصي: إذا استثنى جميع الموصى به بطل الاستثناء، (ولو كان رجوعاً لبطلت الوصية؛ لأن الرجوع فيها جائز، فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة، وقعت الثلاث وبطل الاستثناء)[(٢)]، وقال أبو يوسف: استثناء الأولى والثانية جائز، ويبطل استثناء الثالثة ويلزمها واحدة.

لأبي حنيفة: أن حكم الكلام موقوف على آخره فإذا تم الاستثناء بإسقاط الجملة لم يصح فكأنه قال: إلا ثلاثاً، ولأن الواو للجمع، فإذا قال: إلا واحدة وواحدة وواحدة، فكأنه قال: إلا ثلاثاً.

لأبي يوسف: أن استثناء الواحدة والثانية قد صح، ألا ترى أنه لو سكت

(١) في ب (الجمع) والمثبت من أ.
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

عليه جاز، فإذا ذكر الثالثة فقد استثنى ما لا يصح، فبطل وصحَّ [استثناء] ما سواه، فإن قال: أنت طالق واحدة وواحدة، وواحدة إلا ثلاثاً؛ بطل الاستثناء في قولهم؛ لأنه استثنى الجملة الموقعة فلم يصح، وكذلك إن قال: أنت طالق واحدةً وواحدة، وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة؛ لأن كل واحدة جملة على حيالها، وقد استثناها فلا يصحُّ.

قال أبو يوسف ومحمد: إذا قال: أنت طالق اثنتين[1] واثنتين إلا اثنتين؛ وقعت اثنتان، وجعل الاستثناء من كل اثنتين واحدة، وقال زفر: يقع ثلاثًا.

لنا: أن الاستثناء [ما][2] أمكن حمله على الصحة، كان أولى من حمله على الفساد، ومتى جعلناه مما يليه بطل، فوجب أن يرد[3] إلى الجملتين ليصح.

وأما زفر فقال: إن الاستثناء يرجع إلى ما يليه ولا يرجع إلى غيره إلا بدليل، ومتى رجع إلى (ما يليه)[4] كان استثناء إحدى الجملتين فلا يصح.

وروى هشام عن محمد فيمن قال [لامرأته]: أنت طالق اثنتين فاثنتين إلا ثلاثاً، قال: هي ثلاث؛ وذلك لأنه لا يمكن أن يجعل الاستثناء من الجملتين (لأنه يكون كل واحدة تطليقة ونصف، وهذا استثناء جميع الجملة، ولا يمكن أن يجعل من إحدى الجملتين)؛ لأنه يرفعها، ولا يجوز أن يستثني بعض الاستثناء؛ لأن الاستثناء إما أن يصح (جميعه)[5] أو يبطل.

---

(١) في أ (أنت طالق اثنتين إلا اثنتين).
(٢) في ب (قد) والمثبت من أ.
(٣) في أ (يؤول).
(٤) في ب (ما قبله).
(٥) (جميعه) ساقطة من أ.

وقال بشر عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: أنت طالق واحدة واثنتين إلا اثنتين، قال: هي ثلاث، وهو قول محمد؛ لأنا إن رددنا الاثنتين إلىٰ كل واحدة من الجملتين [أبطلناها]، وإن رددنا بعضه إلىٰ [هذه] وبعضه [إلىٰ هذه] [أبطلناها]، فلا يصح تصحيح بعضه دون بعض، فلم يبق إلا بطلان الاستثناء.

وروىٰ هشام عن محمد فيمن قال لامرأته: أنت طالق اثنتين وأربعاً إلا خمساً فهي طالق ثلاثاً؛ لأن الاستثناء لا يصح أن يرجع إلىٰ كل واحدة من الجملتين، فلا يجوز إثبات بعض الاستثناء دون بعض فبطل[1]. اهـ [١٢١/أ].



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٢٥/٥؛ مختصر القدوري ص ٣٧٢ (الريان).




بَابُ
الرجل يطلق أكثر من ثلاث ثم يستثني منه



وإذا أوقع الرجل أكثر من ثلاث ثم [يستثني، يجعل الاستثناء مما زاد على الثلاث]، فالكلام كله صحيح، والاستثناء عامل في جملة الكلام، ولا يكون مستثنى من جملة الثلاث التي يصح وقوعها فيرفع المستثنى من جملة الكلام [ويوقع] ما بقي إن كان ثلاثاً أو أقل؛ وذلك مثل أن يقول: أنت طالق عشراً إلا تسعاً فيقع واحدة، أو إلا ثمانيًا فيقع اثنتان، [أو] إلا سبعاً فيقع ثلاثاً؛ وذلك لأن الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم، والجملة قد تلفظ بها على وجه واحد، ويدخل الاستثناء عليها ويسقط ما تضمنه الاستثناء، وتقع بقية الجملة إن كان مما يصح وقوعه.



بَابُ
الاستثناء من الاستثناء



قال أبو الحسن: وإذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدةً؛ وقعت واحدة؛ وذلك لأنه يجعل كل استثناء مما يليه، فإذا استثنى الواحدة من الثلاث بقيت اثنتان مستثناة[1] من الثلاث فبقي واحدة، فكأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، (فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، فالواحدة مستثناة من ثنتين)[2]، فتبقى واحدة مستثناة من الثلاث، فتبقى اثنتان مستثناة من الثلاث فتبقى واحدة.

وكذلك إن قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً إلا ثمانيًا فاستثنى ثماني من تسع فتبقى واحدة واستثناها من العشرة، فكأنه قال: أنت طالق تسعاً فتطلق ثلاثاً، فإن قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً إلا واحدة فاستثنى الواحدة من تسع فتبقى ثمان يستثنيها من العشر فتبقى اثنتان.

وعلى هذا جميع هذا الوجه [يستثنى] كل عدد مما يليه، فإن شئت اعتبرته بضرب من [التقريب][3]، فعقدت العدد الأول بيمينك، والثاني بيسارك، والثالث بيمينك، والرابع بيسارك، ثم أسقط مما اجتمع في يسارك بما في يمينك، فما بقي فهو الموقع.

---

(١) في أ (يستثنيهما).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (التصريف) والمثبت من أ.

بَابُ
طلاق الغاية والضرب



قال أبو الحسن: وإذا قال لامرأته: أنتِ طالقٌ ما بين واحدة إلىٰ ثلاث، أو من واحدة إلىٰ ثلاث، فهي طالق اثنتين عند أبي حنيفة، يدخل الابتداء ولا تدخل الغاية، وقال زفر: لا يدخلان جميعاً، وهو القياس، وقال أبو يوسف ومحمد: يدخلان جميعاً(١).

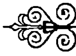
لأبي حنيفة: أن الابتداء أصل الكلام، ألا ترىٰ أنه لو سقط بقي الكلام بلا ابتداء، أو صار ما بعده ابتداء، فوجب إسقاطه فلا يبقىٰ شيء فلم يبق إلا دخول الابتداء، وأما الغاية فتارة تدخل في الكلام، وتارة لا تدخل فلا يجوز دخولها بالشك.

وجه قول زفر: أن الابتداء إحدىٰ الغايتين فلا يدخل كالانتهاء؛ فلأنه لو قال: بعتك ما بين هذا الحائط إلىٰ هذا الحائط لم يدخل الحائطان، فدل علىٰ أن الابتداء والغاية يتساويان.

وجه قولهما: أن الغاية إحدىٰ الطرفين [١٣٤/أ] كالابتداء؛ ولأن ما وُجد معه لفظ الإيقاع يقع إلا أن يخرجه باستثناء، ولأن الغاية تدخل فيما جعلت غاية له كالمرافق.

وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث

(١) انظر: المبسوط، ص ٧٣٨ (الأفكار الدولية).

فهي واحدة؛ لأنه لم يجعل الثلاث غاية، وإنما أوقع ما بين العددين فتقع واحدة.

وقال أبو حنيفة: إن نوىٰ واحدة دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ، يعني: في قوله: (من واحدة إلىٰ ثلاث؛ لأنه أخرج الغاية والابتداء، وهذا يحتمله الكلام إلا أنه غير الظاهر.

وإن قال: أنتِ طالق من واحدة إلىٰ أخرىٰ، أو من)[1] واحدة إلىٰ واحدة فهي واحدة.

أما علىٰ أصل أبي حنيفة: فالابتداء يدخل والغاية تسقط فتقع واحدة.

وأما علىٰ قولهما: فيدخلان جميعاً إلا أنه يحتمل أن يكون قوله: من واحدة إلىٰ واحدة، يعني منها وإليها، فلا يقع أكثر من واحدة.

وقال زفر: لا يقع شيء؛ لأن من أصله إسقاط الابتداء والغاية، وإذا سقطا لم يبق بينهما شيء.

وأما إذا قال: من واحدة إلىٰ ثنتين، وقعت واحدة عند أبي حنيفة؛ لأنه يسقط الغاية.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقع اثنتان لأنه يحتمل أن تكون الواحدة داخلة في الثنتين ويحتمل أن يكون غيرها، فلا يقع ما زاد علىٰ الثنتين بالشك.

وقال بشر: سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لامرأته: أنت طالق من ثنتين إلىٰ ثنتين، قال: هما ثنتان؛ لأنه يحتمل أن يكون جعل الابتداء هو الغاية،

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.




فكأنه قال: من اثنتين إليهما.

وقال أصحابنا: إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة في ثلاث أو في اثنتين وقع المضروب ولم يقع المضروب فيه، وقال زفر: يقع ما يقتضيه الضرب من العدد.

لنا: أن العدد لا يصح فيه الضرب حقيقة، وإنما يصح ذلك فيما له مساحة، وإنما تقدير الضرب كأنه قال: اثنتين ثلاث مرات ستة، وهذا يكون [بضم][1] عدد لم يذكر فلا يجوز إيقاع الطلاق به؛ ولأن ما دخل عليه حرف [الظرف][2] في الطلاق إما أن يكون شرطاً أو لغواً.

أصله: قوله: أنت طالق في الدار، يلغو ذكر الدار، أو أنت طالق في دخولك الدار، [فيقع][3] الطلاق بالدخول، وقد بطل أن يكون المضروب فيه شرطاً فبقي أن يكون لغواً.

وجه قول زفر: أن الأربع لها عبارتان: إحداهما: اثنتين في اثنتين، والأخرى: أربع، فذكر إحداهما كذكر الأخرى، [فأما إذا أراد بـ«في»: مع وقع][4] العددان جميعاً إن كان ثلاثاً فما دونها وكانت مدخولاً بها؛ لأن أحد الحرفين يقوم مقام الآخر، قال الله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩] أي: مع عبادي، فكأنه قال: أنت طالق: [ثنتين مع ثنتين][5][6].

---

(١) في ب (تضمين) والمثبت من أ.

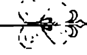
(٢) العبارة في ب (حرف «في» في الطلاق) والمثبت من أ.

(٣) في ب (فيتعلق) والمثبت من أ.

(٤) غير مقروء في ب، والمثبت من أ.

(٥) في ب (اثنتين) والمثبت من أ.

(٦) انظر: التجريد، ١٠/٤٩٣٠/١٠ وما بعدها.

فهرس الموضوعات







